

2010 年司考之路系列

# 国家司法考试 重点法条解读 (上册)

新东方北斗星司法考试研究中心 主编

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 · BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有，侵权必究。

#### 图书在版编目（CIP）数据

国家司法考试·重点法条解读·上册/新东方·北斗星司法考试研究中心主编.  
北京：电子工业出版社，2010.3  
（2010年司考之路系列）  
ISBN 978-7-121-10422-0

I. 国… II. 新… III. 法律—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92  
中国版本图书馆 CIP 数据核字（2010）第 029879 号

责任编辑：周琰

责任编辑：周琰 特约编辑：石月 李红

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：880×1 230 1/16 印张：87 字数：3206 千字

印 次：2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价：148.00 元（上、下册）

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：（010）88254888。

质量投诉请发邮件至 [zlts@phei.com.cn](mailto:zlts@phei.com.cn)，盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

服务热线：（010）88258888。



# 序



2009 年司法考试已经尘埃落定，2010 年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共 2 万多条，涉及的学科涵盖法学 14 门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010 年司考之路系列》丛书。本丛书共 10 本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

## 1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及 2010 年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条 + 考点解析 + 真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条 + 法条精解 + 真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案 + 考点 + 解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

## 2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出考点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

## 3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里

没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010 年 3 月



# 前言



司法考试从2002年诞生至今，已阅八载。在这八年中，公众对司法考试经历了由陌生到熟悉的过程，而司法考试自身的规律性也随着时间的累积逐渐被认识。规律者，反复应验的东西而已。在司法考试而言，就是被历年真题反复验证的出题范围、出题方式、答题技巧等，而其中最重要的一个规律，就是司法考试以法条为本。更进一步说，就是以重点法条为本。原因很简单，司法考试要鉴别、选拔的人才不是别的，乃是实务型人才，而法律实务本身又是无时无刻不与法条打交道的，最经常打交道的便是应用最频繁、最广泛的重点法条。简言之，司法考试就是以实务为导向的。窃以为，了解这一点，乃是推开司考之门的钥匙。

而事实上，这一规律也得到了八年司考真题的验证——读者从本书附列的历年真题中自可体会。

把握司考的这个规律是极其重要的，这有利于缩小复习范围，提高复习效率，减少无谓劳动。有鉴于此，新东方北斗星司法考试研究中心和电子工业出版社强强联合，精心打造了这样一本对重点法条进行应试化解读的辅导用书。所谓应试化解读，是指在解读中告诉读者哪些法条是重点，以及这些重点法条的命题角度。这是本书的基调，也将本书与一般的法律法规释义书区别开来。

## 1. 本书结构

本书按部门法分为十章，每章统摄一个部门法（如第一章宪法），但对于纯理论性的科目，如法理学、法制史等，本书并不涉及。

## 2. 每章结构

每章分为导论和正文两部分。导论立足于司考真题中反映出的普遍规律，在宏观上描述本部门法的考查规律、特点和应对方法。正文部分包括“重点法条”、“关联法条”、“法条精解”和“真题示例”四类条目。

## 3. 正文结构

正文部分在逻辑上以制度为中心，将相互关联的一组法条集合到一起，并依其重要性分为“重点法条”和“关联法条”，换句话说，组合到一起的“重点法条”和“关联法条”正好构成一个法律制度。在每一法律制度后，以“法条精解”对制度进行解析、点拨，这既是全书的核心所在，也是每个“重点法条”必附的条目。在“法条精解”后，随附典型真题及其解析，即“真题示例”。

## 4. 几点说明

（1）在正文的四类条目中，“重点法条”和“法条精解”是每一制度的必备条目，而“关联法条”和“真题示例”则视具体情况而定。

(2) 在处理法律和司法解释的关系上,出于编排技术上的考虑,司法解释大多被置入“关联法条”之中,但这并不意味着“关联法条”不重要。例如,在处理刑法典和刑法的司法解释时,虽然后者基本上都是被放到了“关联法条”中,但实际上,有的司法解释条文比刑法典中的条文更为重要。

本书由新东方司法考试研究中心主编,中国人民大学法学院一批优秀的法学博士、法学硕士参与了本书编写,他们是雷振、王帅、张放、崔金鹏、董惠瑶、朱培安、杜磊、韩晓强、肖像、朱士阔等,电子工业出版社资深高级编辑周琰付出了辛勤劳动,在此一并表示感谢。

作 者  
2010 年 3 月



# 目录 | CONTENTS

## 上册

第一章 宪法 .....	1
《宪法》 .....	1
《立法法》 .....	22
《选举法》 .....	36
《全国人大组织法》 .....	44
《地方组织法》 .....	49
《国务院组织法》 .....	52
《监督法》 .....	55
《村委会组织法》 .....	57
《民族区域自治法》 .....	59
《香港基本法》 .....	61
第二章 经济法 .....	69
《反垄断法》 .....	69
《反不正当竞争法》 .....	76
《消费者权益保护法》 .....	82
《产品质量法》 .....	90
《食品安全法》 .....	94
《商业银行法》 .....	99
《银行业监督管理法》 .....	106
《企业所得税法》 .....	110
《个人所得税法》 .....	119
《税收征收管理法》 .....	124
《土地管理法》 .....	134
《农村土地承包法》 .....	144
《城市房地产管理法》 .....	148
《环境保护法》 .....	152
《劳动法》 .....	156
《劳动争议解释》 .....	162
《劳动合同法》 .....	163
《劳动争议调解仲裁法》 .....	175

《招标投标法》	178
《拍卖法》	181
《审计法》	183
《会计法》	186
《企业国有资产法》	187
第三章 国际法、国际私法和国际经济法	193
《领海及毗连区法》	193
《专属经济区和大陆架法》	196
《国籍法》	197
《民通意见》	199
《票据法》	203
《民事诉讼法》	204
《国际贸易术语解释通则》	206
《跟单信用证统一惯例》	210
《对外贸易法》	212
第四章 法律职业道德和司法制度	219
《法官法》	219
《法官职业道德基本准则》	223
《检察官法》	229
《律师法》	234
《公证法》	239
第五章 刑法	243
《刑法》	244
第六章 刑事诉讼法	445
《刑事诉讼法》	446

下 册

第七章 行政法与行政诉讼法	613
《行政许可法》	613
《国家赔偿法》	625
《行政处罚法》	643
《行政复议法》	656
《工伤保险条例》	677
《突发公共卫生事件应急条例》	680
《突发事件应对法》	682
《信访条例》	686
《医疗事故处理条例》	689
《行政监察法》	694
《政府采购法》	698
《政府信息公开条例》	705
《公务员法》	710
《行政法规制定程序条例》	727
《规章制定程序条例》	729
《行政诉讼法》	731



第八章 民法 .....	779
《民法通则》 .....	780
《物权法》 .....	833
《担保法》 .....	895
《合同法》 .....	910
《婚姻法》 .....	1005
《继承法》 .....	1019
《收养法》 .....	1031
《专利法》 .....	1034
《著作权法》 .....	1053
《商标法》 .....	1072
《侵权责任法》 .....	1088
第九章 商法 .....	1095
《公司法》 .....	1095
《合伙企业法》 .....	1132
《个人独资企业法》 .....	1144
《中外合资经营企业法》 .....	1148
《中外合作经营企业法》 .....	1152
《外资企业法》 .....	1156
《企业破产法》 .....	1159
《保险法》 .....	1177
《票据法》 .....	1194
《海商法》 .....	1206
《证券法》 .....	1215
第十章 民事程序法 .....	1235
《民事诉讼法》 .....	1235
《仲裁法》 .....	1353
附录 本书主要法律文件全、简称对照表 .....	1367



# 第一章 宪法



近年来司法考试中宪法学的特点是难度较高，分值较低，重视教材。从难度上讲，首先体现为没有绝对的重点，考点相当分散，其次体现为知识量很大，分支众多，如果认真复习宪法，需要花费很多的时间。从分值上讲，近年来宪法的分值稳定地保持在20~22分这样一个水平，有沦为鸡肋学科的嫌疑。从材料上讲，2009年宪法部分的考察偏向于官方的教材（即俗称的“三大本”），故考生除了系统地掌握法条之外，有必要对官方教材中宪法部分的相关说法有所了解，最好做一通览式的阅读。

对宪法学的复习方法，笔者认为可以用六个字来概括，那就是“重体系、重法条”。首先，重体系是指要体系化地复习。如前所述，司考中的宪法呈现出“无重点”的样态，但“无重点”的另一面是“有线索”——对宪法部分的考点可以通过一定的内在逻辑的线索将分散的考点进行串联，也就是体系化的复习，切忌孤立片面。其次，重法条是指将主要精力集中在法条上。宪法学大致可分为宪法理论和宪法制度两个板块，前者的考点比较明显，易于掌握，后者内容相对而言要多得多，包括了大量的宪法性法律，如选举法、立法法等，考点非常之多，需要花大力气去掌握。

本部分的撰写思路是以制度为中心，对该制度涉及的法条做一综合性的掌握，期能帮助读者提高宪法部分的成绩。

## 《宪法》

### 重点法条

第一条 中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。

第二条 中华人民共和国的一切权力属于人民。

人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。

人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。

第三条 中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。

全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。

国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。

中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。

### 法条精解

1. 宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。这是《宪法》序言所指出的。

2. 第1条规定了我国国体：人民民主专政制度。

人民民主专政制度的阶级结构是：

(1) 工人阶级为领导阶级；

(2) 以工农联盟为阶级基础，以知识分子为依靠力量之一；

(3) 以广泛的爱国统一战线为政治联盟，爱国战线的组织形式是中国人民政治协商会议。

3. 第2条和第3条规定了我国的政体（政权组织形式）：人民代表大会制度。

人民代表大会制度的构成：

(1) 民主选举人民代表组成各级人民代表大会；



- (2) 以人民代表大会为基础, 组成全部国家机构;
  - (3) 统一协调全部国家机构, 共同行使国家权力;
  - (4) 贯彻一切权力属于人民的政治原则, 实现人民当家做主的权利。
4. 我国国家机构的组织原则: 民主集中制。
- 政体、国体、根本制度、组织原则内容各不相同, 需要注意。

### 真题示例

(2003-1-46) 我国宪法第3条规定: “中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。” 这项原则的内容主要体现在下列哪些方面?

- A. 在国家机构与人民的关系方面, 体现了国家权力来自人民, 由人民组织国家机构
- B. 在同级国家机构中, 国家权力机关居于主导地位
- C. 在中央和地方机构的关系方面, 实行“中央和地方的国家机构和职权的划分, 遵循在中央的统一领导下, 充分发挥地方的主动性、积极性的原则
- D. 各国家机关在行使职权时实行集体负责制

答案: ABC。

解析: 民主集中制原则主要体现在以下几个方面: ①在国家机构与人民的关系方面, 体现了国家权力来自人民, 由人民组织国家机构 (《宪法》第2条、第3条第2款)。②在同级国家机构中, 国家权力机关居于主导地位 (《宪法》第3条第3款)。③在中央与地方国家机构的关系方面, 实行中央和地方的国家机构职权的划分, 遵循在中央的统一领导下, 充分发挥地方的主动性、积极性的原则。故 A、B、C 项正确。D 错误, 应为实行个人负责制。

### 重点法条

第六条 中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制, 即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度, 实行各尽所能, 按劳分配的原则。

国家在社会主义初级阶段, 坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度, 坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。

第七条 国有经济, 即社会主义全民所有制经济, 是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。

第八条 农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济, 是社会主义劳动群众集体所有制经济。

参加农村集体经济组织的劳动者, 有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。

城镇中的手工业、工业、建筑业、运输业、商业、服务业等行业的各种形式的合作经济, 都是社会主义劳动群众集体所有制经济。

国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益, 鼓励、指导和帮助集体经济的发展。

第十一条 在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济, 是社会主义市场经济的重要组成部分。

国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。

第十二条 社会主义的公共财产神圣不可侵犯。

国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

### 法条精解

以上4个条文规定了我国基本的经济制度和分配制度, 十分重要。又加之这4个条文都先后经过了宪法修正案的修正, 故成为司法考试的重点。

1. 第6条有以下几层意思:

(1) 我国基本经济制度是以公有制为主体, 多种所有制经济共同发展。

(2) 分配制度: 社会主义实行各尽所能, 按劳分配的分配制度, 这是社会主义社会的一项基本原则。



但在现阶段（社会主义初级阶段），我国坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。这里应区分为社会主义基本原则的分配制度同我国社会主义初级阶段实行的分配制度的差异。

2. 对于第7条，考生应注意：

(1) 国有经济与全民所有制经济是同义语。

(2) 国有经济从地位上说是国民经济的主导力量。

3. 了解第8条第1、2款的规定，重点掌握第3款：国家对集体经济的政策是“鼓励、指导和帮助”。

4. 第11条需注意：

(1) 个体经济、私营经济的地位是社会主义市场经济的重要组成部分。

(2) 国家对个体经济、私营经济基础的政策是“引导、监督和管理”。

5. 注意不要混淆以下两点：

(1) 作为社会主义社会基本原则的分配制度与我国在社会主义初级阶段分配制度的区别。

(2) 国家对集体经济和对私营、个体经济政策的区别。它们各为6个字，但是不同的6个字：前者是鼓励、指导和帮助；后者是引导、监督和管理。

### 真题示例

(2009-1-22) 关于经济制度与宪法关系，下列哪一选项是错误的？

A. 自德国魏玛宪法以来，经济制度便成为现代宪法的重要内容之一

B. 宪法对经济关系特别是生产关系的确认与调整构成一国的基本经济制度

C. 我国宪法修正案第十六条规定，法律范围内的非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分

D. 私有财产神圣不可侵犯是我国宪法的一项基本原则

答案：D。

解析：本题考核国家的基本经济制度。选项D错误。我国现行宪法第12条规定：社会主义公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。2004年宪法修正案明确规定：公民的合法的私有财产不受侵犯。

### 重点法条

第九条 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。

第十条 城市的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征用。

任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。

一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。

### 法条精解

以上两个条文是宪法关于自然资源所有权、使用权的基本规定，应注意以下几点：

1. 森林、山岭、草原、荒地、滩涂既可以属于公民所有，也可以属于集体所有，但矿藏、水流只能属于国家所有，即全民所有（第9条第1款）。即森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源只是原则上属于国家所有，但是允许法律作出特别规定。但是法律只能规定这些自然资源属于集体所有，而不能规定属于个人所有。

2. 关于第10条规定的土地所有权、使用权制度，读者可参见《土地管理法》第2条。我国的土地所有权包括国家所有和集体所有两种。

3. 《水法》第3条第2款规定，农业集体经济组织所有的水塘、水库中的水属于集体所有。



## 真题示例

1. (2005 - 1 - 9) 根据我国宪法的规定, 下列哪一种说法不正确?

A. 城市的土地属于国家所有, 农村和城市郊区的土地, 除有法律规定属于国家所有的以外, 属于集体所有

B. 宅基地、自留地、自留山属于集体所有

C. 国家为了公共利益的需要, 可以对土地实行征收或征用

D. 土地的所有权可以依照法律的规定转让

答案: D。

解析: 根据《宪法》第10条前三款的规定, 选项A、B、C正确。根据《宪法》第10条第4款的规定, 土地所有权不得转让, 可以转让的是土地使用权。据此, 选项D错误。

2. (1999 - 1 - 71) 依照我国宪法规定, 可以依法属于集体所有的自然资源有哪些?

A. 森林、草原

B. 荒地、滩涂

C. 矿藏、水流

D. 山岭

答案: ABD。

解析: 根据《宪法》第9条第1款的规定可知, 我国的自然资源实行公有制, 只有国家才能拥有, 但法律规定属于集体所有的森林、山岭, 草原、荒地、滩涂除外。因此本题中A、B、D项正确, 为应选项。

## 重点法条

第二十四条 国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育, 通过在城乡不同范围的群众中制定和执行各种守则、公约, 加强社会主义精神文明的建议。

国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德, 在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育, 进行辩证唯物主义和历史唯物主义的教育, 反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第十九条 国家发展社会主义的教育事业, 提高全国人民的科学文化水平。

国家举办各种学校, 普及初等义务教育, 发展中等教育、职业教育和高等教育, 并且发展学前教育。

国家发展各种教育设施, 扫除文盲, 对工人、农民、国家工作人员和其他劳动者进行政治、文化、科学、技术、业务的教育, 鼓励自学成才。

国家鼓励集体经济组织、国家企业事业组织和其他社会力量依照法律规定举办各种教育事业。

国家推广全国通用的普通话。

第二十条 国家发展自然科学和社会科学事业, 普及科学和技术知识, 奖励科学研究成果和技术发明创造。

第二十一条 国家发展医疗卫生事业, 发展现代医药和我国传统医药, 鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施, 开展群众性的卫生活动, 保护人民健康。

国家发展体育事业, 开展群众性的体育活动, 增强人民体质。

第二十二条 国家发展为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆文化馆和其他文化事业, 开展群众性的文化活动。

国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。

第二十三条 国家培养为社会主义服务的各种专业人才, 扩大知识分子的队伍, 创造条件, 充分发挥他们在社会主义现代化建设中的作用。

## 法条精解

我国社会主义精神文明建设分为两个方面:

1. 教育科学、文化建设

(1) 发展社会主义教育事业 (第19条)。

(2) 发展科学事业 (第20条)。



(3) 发展卫生和体育事业 (第 21 条)。

(4) 发展文学艺术和其他文化事业 (第 22 条)。

## 2. 思想道德建设的内容

(1) 普及理想道德、文化和法纪教育, 培养“四有”公民 (第 24 条第 1 款)。

(2) 提倡“五爱”教育, 树立和发扬社会公德 (第 2 款)。

(3) 进行马克思主义教育, 反对腐朽思想 (第 2 款)。

3. 司法考试考查以上诸条内容的角度往往是让考生判断某一项内容是属于精神文明建设中的教育科学、文化建设内容, 还是属于思想道德建设的内容。因而, 这里的难点即在于分清楚精神文明建设两大项内容各包含了哪几个子项内容。

## 重点法条

第三十条 中华人民共和国的行政区域划分如下:

(一) 全国分为省、自治区、直辖市;

(二) 省、自治区分为自治州、县、自治县、市;

(三) 县、自治县分为乡、民族乡、镇。

直辖市和较大的市分为区、县。自治州分为县、自治县、市。

自治区、自治州、自治县都是民族自治地方。

第三十一条 国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。

第三十二条 中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益, 在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。

中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人, 可以给予受庇护的权利。

## 【关联法条】

### 《宪法》

第六十二条 全国人民代表大会行使下列职权:

(十三) 决定特别行政区的设立及其制度;

第一百一十二条 民族自治地方的自治机关是自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。

## 法条精解

1. 第 30 条关于行政区划的规定, 应注意:

(1) 我国的地方行政区划并存着三级制与四级制, 三级制是指省级、县级和乡级, 但有的地方可能有设区的市, 从而形成四级制。

(2) 民族自治地方不包括民族乡。

(3) 《宪法》第 112 条所规定的自治机关的范围应与本条联系记忆。

2. 《宪法》第 31 条是我国建立特别行政区的法律依据, 注意只有全国人大有权决定特别行政区的设立及其制度。

3. 是否给予外国人庇护是一国的权利而非义务, 一国可以决定是否给予庇护, 因此第 32 条第 2 款中规定的是“可以”给予受庇护的权利。

## 真题示例

1. (2002-1-5) 根据我国现行宪法和有关法律的规定, 下列有关行政区域划分、行政区域边界争议处理的主管部门的表述中, 哪一种说法是正确的?

A. 行政区域边界争议的主管部门无权进行行政区划

B. 有权进行行政区划的部门, 也就是行政区域边界争议的主管部门

C. 主管行政区域边界争议的部门, 也有权处理行政区划问题

D. 主管行政区域边界争议的部门, 也是行政区域边界争议的处理决定机关。

答案: A。

解析: 根据我国现行宪法和相关组织法的规定, 有权进行行政区划的部门包括全国人大、国务院和省、



自治区、直辖市的人民政府。而根据《行政区域边界争议处理条例》第1条的规定，民政部门是国务院处理边界争议的主管部门。县级以上的地方各级人民政府的民政部门是本级人民政府处理边界争议的主管部门。可见，行政区域边界争议的主管部门与有权进行行政区域划分的机关并不相同，前者只是人民政府的一个职能部门即民政部门。

2. (1999-1-69) 根据我国宪法和法律的有关规定，下列哪些选项不是我国设立澳门特别行政区的法律依据？

A. 宪法序言

B. 澳门特别行政区基本法

C. 宪法第31条

D. 中葡联合声明

答案：AD。

解析：根据《宪法》第31条和《澳门基本法》序言中的规定可知，《宪法》对设立特别行政区制度作了宏观的规定，《澳门基本法》对澳门特别行政区与中央的关系、政治体制、居民的基本权利和义务等一系列基本问题作了具体的规定。而《宪法序言》和《中葡联合声明》未对设立澳门特别行政区的问题有明确涉及。因本题为选非题，故本题正确答案为A、D项。

## 重点法条

第三十三条 凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。

中华人民共和国公民在法律面前一律平等。

任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第三十四条 中华人民共和国年满十八周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。

第三十五条 中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。

第三十六条 中华人民共和国公民有宗教信仰自由。

任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。

国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。

宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配。

#### 《国籍法》

第二条 中华人民共和国是统一的多民族的国家，各民族的人都具有中国国籍。

## 法条精解

1. 本条第1款意思非常明确，即成为中华人民共和国公民只须一个条件——具备中华人民共和国的国籍，特别注意具有中国国籍的未成年人是中国公民。

2. 本条第2款、第3款是《宪法》第二章开篇条款，而《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”是司法考试绝对重点，每年必考3分以上，其考查的角度多为让考生判断某一具体权利的法律性质，以及某一具体权利义务的内容。下面综合归纳一下公民的基本权利义务。

公民的基本权利包括：

(1) 平等权（第33条）。①公民在法律面前一律平等。须注意的是，这句话不得表述为“公民在法律上一律平等”，因为“在法律面前平等”是指在适用法律上的平等，而“在法律上平等”是包含立法平等在内的。②禁止差别对待。

(2) 政治权利。①选举权与被选举权（第34条）。②言论、出版、结社、集会、游行、示威自由（第35条）；

(3) 宗教信仰自由（第36条）。其内容为：有是否信仰宗教的自由；有信仰此宗教或彼宗教的自由；有信仰某一教派的自由；有随时信或不信的自由。

(4) 人身自由。①人身自由不受侵犯（第37条）；②人格尊严不受侵犯（第38条）；③住宅安全权（第39条）；④通信自由（第40条）。





(5) 社会经济权利。①公民财产权(第13条);②劳动权(第42条);③休息权(第43条);应注意,本权利的主体非全体公民,只有劳动者才享有休息权。④获得社会物质帮助权(第45条)。请注意行使权利的条件:年老、疾病、丧失劳动能力。

(6) 文化教育权利。①受教育权(第46条);②文化权利(第47条)。它包括:从事科学研究的权利;从事文艺创作的权利;从事其他文化活动的权利。

(7) 监督权(第41条)。①批评、建议权;②控告、检举权;③申诉权。

3. 请注意劳动与受教育具有权利和义务双重性质,它们同时也是公民的基本义务。

## 真题示例

1. (2009-1-23) 关于文化教育权利是公民在教育和文化领域享有的权利和自由的说法,下列哪一选项是错误的?

- A. 受教育既是公民的权利,又是公民的义务
- B. 宪法规定的文化教育权利是公民的基本权利
- C. 我国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由
- D. 同社会经济权利一样,文化教育权利属于公民的积极收益权

答案:D。

解析:本题考查公民的文化教育权利。选项A正确。根据《宪法》第46条第1款规定,选项B正确。公民享有的文化教育权利是宪法规定的,是公民的基本权利。选项C正确。根据《宪法》第47条规定,选项D错误。

2. (2003-1-10) 根据我国宪法的规定,下列有关公民基本权利的宪法保护的表述,哪一个是正确的?

- A. 一切公民都有选举权和被选举权
- B. 宪法规定了对华侨、归侨权益的保护,但没有规定对侨眷权益的保护
- C. 宪法对建立劳动者休息和休养的设施未加以规定
- D. 公民合法财产的所有权和私有财产的继承权规定在宪法“总纲”部分

答案:D。

解析:根据《宪法》第34条、第50条和第43条规定,A、B、C都是错误的。D是正确的,《宪法》第13条规定,国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。

3. (2003-1-43) 刘某系某乡女村民,已生育三个女儿,现在又怀上了第四胎。乡、村两级干部决心把她作典型处理。于是,在某日一大早便破门而入,将还在睡梦中未及穿戴整齐的刘某强行带到村委会教育了一整天,并决定取消其读小学三年级的女儿“三好学生”的称号。根据我国宪法和法律,乡村干部的行为侵犯了刘某作为公民的哪些宪法权利?

- A. 人身自由
- B. 住宅不受侵犯
- C. 受教育的权利
- D. 人格尊严

答案:ABD。

解析:根据《宪法》第37~39条规定,取消其读小学三年级的女儿三好学生的称号,侵犯了其女儿的荣誉权,而非其女儿的受教育权,更不是刘某的受教育权。因此C选项不应选。

## 重点法条

第三十七条 中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。

任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。

禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。

第三十八条 中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。

第三十九条 中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。

第四十条 中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任



何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。

### 法条精解

以上四条主要是关于人身自由的规定。包括人身自由不受侵犯的总体性规定、人格尊严不受侵犯、住宅不受侵犯、通信自由和秘密权等三个具体规定。主要需注意以下几个方面的内容：

1. 人身自由不受侵犯包括三方面的内容：非经法定程序不受逮捕；不受非法拘禁和其他方法非法剥夺或者限制人身自由；公民身体不受非法搜查。

2. 宪法对公民的人格尊严的保护主要包括三个方面：即不受侮辱、诽谤和诬告陷害。

3. 住宅不受侵犯是公民人身权利的重要内容，其中包括不受非法搜查和非法侵入两个方面。注意联系刑事诉讼法中关于搜查的权限和程序，以及刑法中非法侵入住宅罪两种方式。

4. 对公民通信自由和通信秘密进行限制的条件：目的限于国家安全或者追查刑事犯罪；主体限于公安机关或者检察机关；程序上要求依照法律规定的程序；限制的方式是对通信进行检查。

### 真题示例

1. (2005-1-60) 根据我国宪法和法律的规定，下列哪些说法不正确？

- A. 为了收集“第三者插足”的证据，公民可以委托私人调查机构以各种形式对“第三者”进行跟踪
- B. 为了收集犯罪证据，公民可以委托法官对犯罪嫌疑人的通信进行监听
- C. 商场保安人员有权根据商场的规定，对“盗窃嫌疑人”当场进行搜身检查
- D. 商场保安人员有权对拒绝搜身检查的顾客采取限制人身自由的措施

答案：ABCD。

解析：选项 A “以各种形式……进行跟踪”可能干扰被跟踪者正常生活，侵犯被跟踪者隐私，违法。根据宪法第 40 条，对通信进行检查只能由公安机关或者检察机关依法进行，法院无权进行，选项 B 错误。《宪法》第 37 条第 3 款明确规定禁止非法搜查公民的身体。对公民的身体进行检查只能由特定机关依照法定程序进行。选项 C 错误。宪法第 37 条第 3 款明确规定禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由。剥夺或者限制公民的人身自由，只能由特定机关依照法定程序进行。选项 D 错误。

2. (2008-1-60) 我国《宪法》规定公民的住宅不受侵犯。下列哪些选项属于侵犯公民住宅的行为？

- A. 非法侵入公民住宅
- B. 非法搜查公民住宅
- C. 非法买卖公民住宅
- D. 非法出租公民住宅

答案：AB。

解析：《宪法》第 39 条规定，中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。所以宪法层面上规定的侵犯公民住宅包括非法搜查公民住宅和非法侵入公民住宅，所以本题的正确选项是 AB。

### 重点法条

第四十一条 中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。

对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。

由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。

### 法条精解

1. 本条规定的公民的监督权包括：批评权、建议权、申诉权、控告权、检举权和取得国家赔偿的权利。

2. 批评建议权针对的对象是任何国家机关和国家工作人员；申诉、控告、检举权针对的对象是任何国家机关和国家机关工作人员的违法失职行为。

3. 公民的申诉、控告、检举具有强制性效力，有关国家机关必须作出相应的处理。



## 真题示例

(2004-1-57) 下列有关我国公民权利的表述哪些符合宪法的规定?

- A. 公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利
- B. 公民对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有提出申诉、控告或者检举的权利
- C. 任何国家机关在接到公民提出的申诉、控告或者检举后,都必须查清事实,负责处理
- D. 国家机关和国家工作人员侵犯公民权利造成损失的,受害人有依法请求赔偿的权利

答案: ABD。

解析: 根据《宪法》第 41 条规定, C 项应予排除。

## 重点法条

第四十二条 中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。

国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。

劳动是一切有劳动能力的公民的光荣职责。国有企业和城乡集体经济组织的劳动者都应当以国家主人翁的态度对待自己的劳动。国家提倡社会主义劳动竞赛,奖励劳动模范和先进工作者。国家提倡公民从事义务劳动。

国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。

第四十三条 中华人民共和国劳动者有休息的权利。

国家发展劳动者休息和休养的设施,规定职工的工作时间和休假制度。

第四十四条 国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。

第四十五条 中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。

国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。

国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。

## 法条精解

以上几个法条属于社会权,包括劳动权、劳动者的休息权、获得物质帮助的权利。需注意以下几点:

1. 劳动权既是公民的权利,也是公民的义务。
2. 休息权仅是劳动者的休息权。宪法主要保障劳动者的工作时间和休假制度。
3. 公民获得物质帮助的权利仅限于公民在年老、疾病或者丧失劳动能力这三种情况。其他情况并不属于宪法保障的范围。

## 真题示例

(2008-1-17) 根据现行《宪法》规定,关于公民权利和自由,下列哪一选项是正确的?

- A. 劳动、受教育和依法服兵役既是公民的基本权利又是公民的基本义务
- B. 休息权的主体是全体公民
- C. 公民在年老、疾病或者未丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利
- D. 2004 年《宪法修正案》规定,国家尊重和保障人权

答案: D。

解析: A 项中,劳动、受教育既是公民的基本权利又是公民的基本义务,但是服兵役明显是公民的义务而非权利,所以 A 是错误的。根据《宪法》第 43 条规定,休息权的主体是劳动者而非全体公民,所以 B 也是错误的。根据《宪法》第 45 条规定, C 项也是错误的。2004 年《宪法修正案》第 24 条和《宪法》第 33 条第 3 款规定,国家尊重和保障人权。所以 D 是正确的。

## 重点法条

第四十六条 中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。





第四十七条 中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。国家从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作，给以鼓励和帮助。

国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。

第四十九条 婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。

夫妻双方有实行计划生育的义务。

父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务。

禁止破坏婚姻自由，禁止虐待老人、妇女和儿童。

第五十条 中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益。

### 【关联法条】

## 《宪法》

第五十一条 中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。

**第五十二条** 中华人民共和国公民有维护国家统一和全国民族团结的义务。

第五十三条 中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。

第五十四条 中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。

第五十五条 保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。

依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务。

**第五十六条** 中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。

## 法条精解

1. 受教育权既是公民的权利也是公民的义务。
2. 注意文化活动权、妇女的平等权和婚姻家庭制度都纳入了宪法的保障范围。
3. 保障华侨、归侨的权益，要注意保障华侨只是华侨本身，而且是他的正当的权益；而归侨则不仅包含归侨本身，还包括其眷属，而且保护的是他们的合法权益。要特别关注《宪法》第 50 条的这一区别。
4. 要适当关注宪法关于公民义务的规定。

### 真题示例

(2007 - 1 - 10) 下列哪一项不属于宪法规定的公民的基本权利?

- A. 环境权  
B. 平等权  
C. 出版自由  
D. 受教育权

答案: A。

**解析：**根据《宪法》规定，我国公民的基本权利包括平等权，政治权利和自由，宗教信仰自由，人身自由，社会经济、文化教育方面的权利。由此可知，环境权不属于我国宪法规定的公民的基本权利。

## 重点法条

第五十七条 中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会。

### 【关联法条】

## 《宪法》

第五十八条 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。

第五十九条 全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表。





全国人民代表大会代表的选举由全国人民代表大会常务委员会主持。

全国人民代表大会代表名额和代表产生办法由法律规定。

第六十条 全国人民代表大会每届任期五年。

全国人民代表大会任期届满的两个月以前，全国人民代表大会常务委员会必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。如果遇到不能进行选举的非常情况，由全国人民代表大会常务委员会以全体组成人员的三分之二以上的多数通过，可以推迟选举，延长本届全国人民代表大会的任期。在非常情况结束后一年内，必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。

第六十一条 全国人民代表大会会议每年举行一次，由全国人民代表大会常务委员会召集。如果全国人民代表大会常务委员会认为必要，或者有五分之一以上的全国人民代表大会代表提议，可以临时召集全国人民代表大会会议。

全国人民代表大会举行会议的时候，选举主席团主持会议。

第六十二条 全国人民代表大会行使下列职权：

（一）修改宪法；

（二）监督宪法的实施；

（三）制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律；

（四）选举中华人民共和国主席、副主席；

（五）根据中华人民共和国主席的提名，决定国务院总理的人选；根据国务院总理的提名，决定国务院副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长的人选；

（六）选举中央军事委员会主席；根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军事委员会其他组成人员的人选；

（七）选举最高人民法院院长；

（八）选举最高人民检察院检察长；

（九）审查和批准国民经济和社会发展规划和计划执行情况的报告；

（十）审查和批准国家的预算和预算执行情况的报告；

（十一）改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定；

（十二）批准省、自治区和直辖市的建置；

（十三）决定特别行政区的设立及其制度；

（十四）决定战争和和平的问题；

（十五）应当由最高国家权力机关行使的其他职权。

第六十三条 全国人民代表大会有权罢免下列人员：

（一）中华人民共和国主席、副主席；

（二）国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长；

（三）中央军事委员会主席和中央军事委员会其他组成人员；

（四）最高人民法院院长；

（五）最高人民检察院检察长。

### 《立法法》

第七条 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。

全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。

全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。

### 法条精解

1. 有关全国人大的知识点，应注意：

（1）全国人大及其常委会行使立法权（第58条）；

（2）全国人大代表的推迟选举问题（第60条第2款）；

（3）全国人大会议临时召集的情形（第61条）；

（4）全国人大的任期（第60条第1款）。各级人大任期均为5年（宪法修正案第11条）。

2. 《宪法》第三章“国家机构”是司法考试宪法部分的出题重点,而国家各机构的职权范围及其组织程序更是每年必考内容。第62条规定了全国人大的职权范围。

现解读如下:

(1) 第1~3项是立法权,第4~8项是人事权,请读者注意以下几点:①与第63条规定的全国人大罢免权的一致性;②注意哪5类领导人员是由全国人大选举产生的;哪些领导人员是依他人提名而由全国人大决定的;③军事法院的院长、最高法院及最高检察院的其他人员的决定权属全国人大常委会(参见第67条第11~12项)。

(2) 第9~14项是行政权,其中应注意的是第11~13项:第11项,请注意“改变或撤销”5个字,并比较第67条第7项和第8项的规定,切勿混淆。

而第12项,请与第89条第15项比较记忆。

(3) 其他应注意的地方:①全国人大有权通过和修改宪法,但并不制定宪法。这一点需要区别开。②《宪法》只规定全国人大常委会解释宪法,全国人大并无宪法解释权。③全国人大和全国人大常委会都有监督宪法实施权。④由全国人大决定的国家生活中的重大事项,包括批准省级行政区域建置,决定特别行政区的设立及其制度,决定战争和和平问题等。

### 真题示例

(2008-1-13) 根据《宪法》和法律的规定,下列哪一职位由全国人民代表大会选举产生?

- A. 国务院总理
- C. 军委副主席

- B. 国家副主席
- D. 国务院副总理

答案: B。

解析: 根据《宪法》第79条和第62条第5项的规定, A项的国务院总理和D项的国务院副总理是由全国人民代表大会决定。根据《宪法》第62条第6项的规定, A、C、D三项都是错误的。本题应选B项。

### 重点法条

第六十四条 宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。

法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。

### 法条精解

1. 重点掌握宪法修改的特殊规则。

2. 识记法律及其他议案的多数表决规则。本条所列的多数票表决之基数均为“全体代表”,而非“出席会议的代表”。

3. 修改宪法的权力专属于全国人大,而修改提案权主体是全国人大常委会和1/5以上的全国人大代表。通过宪法的法定人数是全体代表的2/3以上多数。而且过半数不同于1/2以上,前者要求多于半数,后者可以等于半数。

### 真题示例

1. (2008-1-17) 根据《宪法》和有关法律的规定,关于全国人大审议立法议案的法定通过人数,下列哪一选项是正确的?

- A. 宪法的修改,须由全国人民代表大会全体代表的过半数通过
- B. 宪法的修改,须由全国人大常委会全体成员的三分之二以上通过
- C. 法律的制定,须由全国人民代表大会全体代表的过半数通过
- D. 法律的制定,须由全国人大常委会全体成员的三分之二以上通过

答案: C。

解析: 宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者1/5以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的2/3以上的多数通过。法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。因此选C。

2. (2000-1-51) 根据我国宪法的规定,下列选项中哪些是可以提出宪法修改有效议案的主体?



- A. 全国人民代表大会常务委员会
- B. 全国人民代表大会的一个代表团
- C. 1/5 以上的全国人民代表大会代表
- D. 全国人民代表大会主席团

答案：AC。

解析：根据《宪法》第 64 条第 1 款规定，有权提出宪法修改议案的主体只能是全国人民代表大会或者 1/5 以上的全国人民代表大会代表，因此本题选 AC。根据《全国人大组织法》第 9 条和第 10 条的规定可知，全国人民代表大会的一个代表团、全国人民代表大会主席团可以向全国人民代表大会提出属于全国人大职权范围内的议案，但不是提出宪法的修改，所以 B、D 错误。

## 重点法条

第六十五条 全国人民代表大会常务委员会由下列人员组成：

委员长，  
副委员长若干人，  
秘书长，委员若干人。

全国人民代表大会常务委员会组成人员中，应当有适当名额的少数民族代表。

全国人民代表大会选举并有权罢免全国人民代表大会常务委员会的组成人员。

全国人民代表大会常务委员会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第六十六条 全国人民代表大会常务委员会每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，它行使职权到下届全国人民代表大会选出新的常务委员会为止。

委员长、副委员长连续任职不得超过两届。

第六十七条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：

- (一) 解释宪法，监督宪法的实施；
- (二) 制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；
- (三) 在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触；
- (四) 解释法律；
- (五) 在全国人民代表大会闭会期间，审查和批准国民经济和社会发展规划、国家预算在执行过程中所必须作的部分调整方案；
- (六) 监督国务院、中央军事委员会、最高人民法院和最高人民检察院的工作；
- (七) 撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令；
- (八) 撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议；
- (九) 在全国人民代表大会闭会期间，根据国务院总理的提名，决定部长、委员会主任、审计长、秘书长的人选；
- (十) 在全国人民代表大会闭会期间，根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军事委员会其他组成人员的人选；
- (十一) 根据最高人民法院院长的提请，任免最高人民法院副院长、审判员、审判委员会委员和军事法院院长；
- (十二) 根据最高人民检察院检察长的提请，任免最高人民检察院副检察长、检察员、检察委员会委员和军事检察院检察长，并且批准省、自治区、直辖市的人民检察院检察长的任免；
- (十三) 决定驻外全权代表的任免；
- (十四) 决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除；
- (十五) 规定军人和外交人员的衔级制度和其他专门衔级制度；
- (十六) 规定和决定授予国家的勋章和荣誉称号；
- (十七) 决定特赦；



(十八) 在全国人民代表大会闭会期间, 如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况, 决定战争状态的宣布;

(十九) 决定全国总动员或者局部动员;

(二十) 决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态;

(二十一) 全国人民代表大会授予的其他职权。

第六十八条 全国人民代表大会常务委员会委员长主持全国人民代表大会常务委员会的工作, 召集全国人民代表大会常务委员会会议。副委员长、秘书长协助委员长工作。

委员长、副委员长、秘书长组成委员长会议, 处理全国人民代表大会常务委员会的重要日常工作。

第六十九条 全国人民代表大会常务委员会对全国人民代表大会负责并报告工作。

第七十条 全国人民代表大会设立民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会和其他需要设立的专门委员会。在全国人民代表大会闭会期间, 各专门委员会受全国人民代表大会常务委员会的领导。

各专门委员会在全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会领导下, 研究、审议和拟订有关议案。

第七十一条 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会认为必要的时候, 可以组织关于特定问题的调查委员会, 并且根据调查委员会的报告, 作出相应的决议。

调查委员会进行调查的时候, 一切有关的国家机关、社会团体和公民都有义务向它提供必要的材料。

### 《立法法》

第四十二条 法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

法律有以下情况之一的, 由全国人民代表大会常务委员会解释:

(一) 法律的规定需要进一步明确具体含义的;

(二) 法律制定后出现新的情况, 需要明确适用法律依据的。

## 法条精解

有关全国人大常委会的知识点, 应掌握:

1. 全国人大常委会由四类人员组成 (第1款), 委员长会议由三类人组成 (第68条第2款)。

2. 人大常委会与全国人大的关系:

(1) 全国人大选举、罢免人大常委会组成人员 (第3款);

(2) 前者向后者负责并报告工作 (第69条);

(3) 二者每届任期相同 (第66条第1款)。

3. 人大常委会组成人员任职资格限制 (第4款) 与连续任职限制 (第66条第2款)。

4. 全国人大各专门委员会、调查委员会与人大常委会的关系 (第70、71条)。

5. 第67条规定了全国人大常委会的各项职权, 其地位非常重要:

(1) 第1和4项是宪法和法律的解释权, 都是独有的;

(2) 第2和3两项是立法权, 请注意其范围;

(3) 第6~8项是监督权, 对后两项内容应予高度重视;

(4) 第9~13项是人事权, 注意与第62条相关内容的比较;

(5) 第5项、第14~20项是重大事务决定权, 其中第20项比较重要, 请比较第89条第(16)项的内容。

注意不要混淆以下内容:

(1) 全国人大与人大常委会都有权监督宪法的实施, 但修改宪法权专属于全国人大, 人大常委会可以解释宪法。

(2) 人大常委会有权修改、补充基本法律和解释法律。

(3) 注意第67条第11项与第12项之区别。

(4) 第65条第4款禁止全国人大常委会组成人员担任的三类职务是指任何级别的职务, 而不仅仅指中央国家机关职务。

(5) 第66条第2款连续任职不超过两届的人员不包括秘书长和委员。





1. (2007-1-15) 根据我国宪法规定, 关于决定特赦, 下列哪一选项是正确的?

- A. 中华人民共和国国家主席决定特赦
- B. 全国人民代表大会常务委员会决定特赦
- C. 全国人民代表大会决定特赦
- D. 决定特赦是我国最高行政机关的专有职权

答案: B。

解析: 第 67 条第 17 项规定, 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权: ……决定特赦……所以 B 是正确的。

2. (2003-1-86) 按照我国宪法的规定, 下列何种选项属于需要作出改变或者撤销决定的情形?

- A. 全国人大对全国人大常委会不适当的决定
- B. 国务院对市、县、乡政府不适当的决定和命令
- C. 全国人大常委会对省人大制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议
- D. 省人大常委会对省政府的不适当的决定和命令

答案: ABCD。

解析: 根据《宪法》第 62 条第 11 项的规定, A 选项正确。根据《宪法》第 89 条第 14 项的规定, B 选项也是正确的。《宪法》第 67 条第 8 项和第 104 条规定的两种情况是“撤销”, 而非“改变或者撤销”, 严格说来, C、D 不是应选项。但司法部公布的答案也选上了 CD。

## 重点法条

第七十二条 全国人民代表大会代表和全国人民代表大会常务委员会组成人员, 有权依照法律规定的程序分别提出属于全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会职权范围内的议案。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第七十三条 全国人民代表大会代表在全国人民代表大会开会期间, 全国人民代表大会常务委员会组成人员在常务委员会开会期间, 有权依照法律规定的程序提出对国务院或者国务院各部、各委员会的质询案。受质询的机关必须负责答复。

第七十四条 全国人民代表大会代表, 非经全国人民代表大会会议主席团许可, 在全国人民代表大会闭会期间非经全国人民代表大会常务委员会许可, 不受逮捕或者刑事审判。

第七十五条 全国人民代表大会代表在全国人民代表大会各种会议上的发言和表决, 不受法律追究。

第七十七条 全国人民代表大会代表受原选举单位的监督。原选举单位有权依照法律规定的程序罢免本单位选出的代表。

## 法条精解

全国人大代表和人大常委会委员享有下列权利:

- 1. 提起议案权 (第 72 条);
- 2. 提起质询案权 (第 73 条);
- 3. 人身特别保护权 (第 74 条);

《高检规则》第 79 条及第 93 条是对此条的具体规定, 请考生予以注意。

- 4. 言论免责权 (第 75 条): 发言和表决不受法律追究。

以上, 重点掌握第 3、4 项权利。

## 真题示例

1. (2005-1-57) 全国人大常委会的职权之一是监督国家机关的工作。根据宪法和法律, 下列有关全国人大常委会行使监督权的表述中哪些是正确的?

- A. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名有权提出对国务院的质询案
- B. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名无权提出对中央军事委员会的质询案



C. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名有权提出对最高人民法院的质询案

D. 全国人大常委会组成人员 10 人以上联名无权提出对国家主席的质询案

答案：ABCD。

解析：参见《宪法》第 73 条和《全国人民代表大会常务委员会议事规则》第 25 条。

2. (2008-1-94) 根据《宪法》和法律的规定，下列表述错误的是：

A. 全国人大代表在全国人大各种会议上的活动不受法律追究

B. 在全国人大闭会期间，全国人大代表未经选举单位人大常委会批准，不受逮捕和刑事审判

C. 全国人大代表受原选举单位的监督

D. 全国人大代表在全国人民代表大会开会期间，有权提出对国务院或者国务院各部、各委员会的质询案

答案：AB。

解析：根据《宪法》第 75 条规定可知，并非所有的活动不受法律的追究，而是发言和表决不受法律的追究，因此，A 项说法错误。根据《宪法》第 74 条规定，应该是“非经全国人民代表大会常务委员会许可”，而非是“未经选举单位人大常委会批准”，因此，B 项说法错误。根据《宪法》第 77 条规定，C 项说法正确。根据《宪法》第 73 条规定，D 项说法正确。

## 重点法条

第七十九条 中华人民共和国主席、副主席由全国人民代表大会选举。

有选举权和被选举权的年满四十五周岁的中华人民共和国公民可以被选为中华人民共和国主席、副主席。

中华人民共和国主席、副主席每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，连续任职不得超过两届。

第八十四条 中华人民共和国主席缺位的时候，由副主席继任主席的职位。

中华人民共和国副主席缺位的时候，由全国人民代表大会补选。

中华人民共和国主席、副主席都缺位的时候，由全国人民代表大会补选；在补选以前，由全国人民代表大会常务委员会委员长暂时代理主席职位。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第八十条 中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长，授予国家的勋章和荣誉称号，发布特赦令，宣布进入紧急状态，宣布战争状态，发布动员令。

第八十一条 中华人民共和国主席代表中华人民共和国，进行国事活动，接受外国使节；根据全国人民代表大会常务委员会的决定，派遣和召回驻外全权代表，批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。

第八十二条 中华人民共和国副主席协助主席工作。

## 法条精解

有关国家主席的知识点，应注意：

1. 任职资格与连续任职限制，即国家主席的任职条件是有选举权和被选举权，年满 45 周岁的中国公民，而连续任职不得超过两届。其他职务连续任职不得超过两届的还有：委员长、副委员长，国家副主席，总理、副总理、国务委员，最高人民法院院长，最高人民检察院检察长。要特别注意中央军委主席、副主席没有连续任职不得超过两届的限制。

2. 国家主席的职权系荣誉性、象征性职权。

3. 重点掌握国家主席的继任与代理（第 84 条）。国家主席缺位，采继任制；国家副主席缺位的，采取补选制。而国家主席和副主席都缺位的，原则上采取补选制，但在补选之前，采取代理制。这些需要搞懂。

## 真题示例

1. (2005-1-10) 根据我国现行宪法规定，担任下列哪一职务的人员，应由国家主席根据全国人大和全国人大常委会的决定予以任免？

A. 国家副主席

B. 国家军事委员会副主席



C. 最高人民法院副院长

D. 国务院副总理

答案：D。

解析：根据《宪法》第 62 条规定，选项 D 应选。

2.（2001-1-13）我国宪法规定了国家主席的替补制度，下列选项中哪个是对替补制度的正确表述？

A. 主席缺位时由副主席代理

B. 主席缺位时由副主席继任

C. 主席缺位时由全国人大补选

D. 主席缺位时由全国人大委员长代理

答案：B。

解析：根据《宪法》第 84 条规定，B 项是正确的表述。C 项由全国人大补选是副主席缺位或主席、副主席同时缺位时的情况；D 项是主席与副主席都缺位，由人民代表大会补选以前的情况。所以不选 A、C、D 三项。

## 重点法条

第八十五条 中华人民共和国国务院，即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第八十六条 国务院由下列人员组成：

总理，

副总理若干人，

国务委员若干人，

各部部长，

各委员会主任，

审计长，

秘书长。

国务院实行总理负责制。各部、各委员会实行部长、主任负责制。

国务院的组织由法律规定。

第八十七条 国务院每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。

总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。

第八十八条 总理领导国务院的工作。副总理、国务委员协助总理工作。

总理、副总理、国务委员、秘书长组成国务院常务会议。

总理召集和主持国务院常务会议和国务院全体会议。

第八十九条 国务院行使下列职权：

（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；

（二）向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；

（三）规定各部和各委员会的任务和职责，统一领导各部和各委员会的工作，并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作；

（四）统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分；

（五）编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算；

（六）领导和管理经济工作和城乡建设；

（七）领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作；

（八）领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作；

（九）管理对外事务，同外国缔结条约和协定；

（十）领导和管理国防建设事业；

（十一）领导和管理民族事务，保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利；

（十二）保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益；





- (十三) 改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章;
- (十四) 改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令;
- (十五) 批准省、自治区、直辖市的区域划分,批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分;
- (十六) 依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态;
- (十七) 审定行政机构的编制,依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员;
- (十八) 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。

第九十条 国务院各部部长、各委员会主任负责本部门的工作;召集和主持部务会议或者委员会会议、委务会议,讨论决定本部门工作的重大问题。

各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章。

第九十一条 国务院设立审计机关,对国务院各部门和地方各级政府的财政收支,对国家的财政金融机构和企业事业组织的财务收支,进行审计监督。

审计机关在国务院总理领导下,依照法律规定独立行使审计监督权,不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。

第九十二条 国务院对全国人民代表大会负责并报告工作;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。

### 法条精解

有关国务院的规定是《宪法》第三章“国家机构”中的司法考试重点,应予重视。

1. 国务院的性质与法律地位(第85条)。

2. 国务院由七类人组成(第86条),其中“各部部长”包括了央行行长。这七类人也正是国务院全体会议的全体成员(第88条)。

3. 国务院常务会议由四类人组成(第88条第2款),其中有三类人有连续任职限制(第87条第2款)。

4. 重点掌握第89条国务院的各项职权,尤其是第13~16项。

5. 国务院实行首长负责制(第86条第2款、第90条)。

6. 注意审计机关在谁的领导下行使审计监督权(第91条第2款)。

7. 国务院同全国人大及其常委会的关系(第92条)。

考生在作题时最难搞清楚的是国务院的两项职权第89条第15~16项与全国人大常委会的类似职权第67条第20项,以及与全国人大的类似职权第62条第12~13项的区别。

### 真题示例

(2007-1-17) 根据经济和社会发展的需要,某市拟将所管辖的一个县变为市辖区。根据宪法规定,上述改变应由下列哪一机关批准?

A. 全国人民代表大会

B. 全国人民代表大会常务委员会

C. 国务院

D. 所在的省人民代表大会常务委员会

答案:C。

解析:根据《宪法》第89条,本题选C。

### 重点法条

第九十五条 省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民代表大会和人民政府。

地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定。

自治区、自治州、自治县设立自治机关。自治机关的组织和工作根据宪法第三章第五节、第六节规定的基本原则由法律规定。

#### 【关联法条】

#### 《宪法》

第九十六条 地方各级人民代表大会是地方国家权力机关。

县级以上的地方各级人民代表大会设立常务委员会。

第九十七条 省、直辖市、设区的市的人民代表大会代表由下一级的人民代表大会选举;县、不设区





的市、市辖区、乡、民族乡、镇的人民代表大会代表由选民直接选举。

地方各级人民代表大会代表名额和代表产生办法由法律规定。

第九十八条 地方各级人民代表大会每届任期五年。

第九十九条 地方各级人民代表大会在本行政区域内，保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行；依照法律规定的权限，通过和发布决议，审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划。

县级以上的地方各级人民代表大会审查和批准本行政区域内的国民经济和社会发展规划、预算以及它们的执行情况的报告；有权改变或者撤销本级人民代表大会常务委员会不适当的决定。

民族乡的人民代表大会可以依照法律规定的权限采取适合民族特点的具体措施。

第一百条 省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。

第一百零一条 地方各级人民代表大会分别选举并且有权罢免本级人民政府的省长和副省长、市长和副市长、县长和副县长、区长和副区长、乡长和副乡长、镇长和副镇长。

县级以上的地方各级人民代表大会选举并且有权罢免本级人民法院院长和本级人民检察院检察长。选出或者罢免人民检察院检察长，须报上级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。

第一百零二条 省、直辖市、设区的市的人民代表大会代表受原选举单位的监督；县、不设区的市、市辖区、乡、民族乡、镇的人民代表大会代表受选民的监督。

地方各级人民代表大会代表的选举单位和选民有权依照法律规定的程序罢免由他们选出的代表。

第一百零三条 县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会由主任、副主任若干人和委员若干人组成，对本级人民代表大会负责并报告工作。

县级以上的地方各级人民代表大会选举并有权罢免本级人民代表大会常务委员会的组成人员。

县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。

第一百零四条 县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会讨论、决定本行政区域内各方面工作的重大事项；监督本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作；撤销本级人民政府的不适当的决定和命令；撤销下一级人民代表大会的不适当的决议；依照法律规定的权限决定国家机关工作人员的任免；在本级人民代表大会闭会期间，罢免和补选上一级人民代表大会的个别代表。

第一百零五条 地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关，是地方各级国家行政机关。

地方各级人民政府实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。

第一百零六条 地方各级人民政府每届任期同本级人民代表大会每届任期相同。

第一百零七条 县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。

乡、民族乡、镇的人民政府执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令，管理本行政区域内的行政工作。

省、直辖市的人民政府决定乡、民族乡、镇的建置和区域划分。

第一百零八条 县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作，有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。

第一百零九条 县级以上的地方各级人民政府设立审计机关。地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权，对本级人民政府和上一级审计机关负责。

第一百一十条 地方各级人民政府对本级人民代表大会负责并报告工作。县级以上的地方各级人民政府在本级人民代表大会闭会期间，对本级人民代表大会常务委员会负责并报告工作。

地方各级人民政府对上一级国家行政机关负责并报告工作。全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关，都服从国务院。

第一百一十一条 城市和农村按居民居住地区设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织。居民委员会、村民委员会的主任、副主任和委员由居民选举。居民委员会、村民委员会同基层政权的相互关系由法律规定。

居民委员会、村民委员会设人民调解、治安保卫、公共卫生等委员会，办理本居住地区的公共事务和公益事业，调解民间纠纷，协助维护社会治安，并且向人民政府反映群众的意见、要求和提出建议。

1. 《宪法》第三章第五节是关于地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的规定，其中以下几个条款应值得注意：

- (1) 第96条第2款，乡级人大不设常务委员会；
- (2) 第97条，应记住直接选举的适用范围；
- (3) 第98条，是宪法修正案第11条的内容，前文已有表述；

(4) 第99条第2款、第104条、第107条第3款及第108条规定了地方人大及其常委会和地方政府的职权，望与第62条、第67条及第89条比较记忆。

2. 省级政府的派出机关地区行政公署不设人大和人大常委会，设立自治机关的只有自治区、自治州、自治县，民族乡不是自治地方。

### 真题示例

1. (2004-1-8) 根据我国宪法规定，下列有关审计机关的表述哪一项是错误的？

- A. 县级以上地方各级人民政府设立审计机关
- B. 国务院审计机关对国务院各部门和地方各级政府的财政收支，对国家的财政金融机构和企业事业组织的财政收支进行审计监督
- C. 国务院审计机关在国务院总理领导下，依照法律规定独立行使审计监督权，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉
- D. 地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权，不对同级人民政府负责

答案：D。

解析：根据《宪法》第109条可知。D项错误。

2. (2005-1-59) 某市人民代表大会常务委员会准备在一次会议中审议以下事项，根据宪法的规定，下列哪些事项符合该委员会的权限范围？

- A. 撤销本市人民政府的一项不适当的决议
- B. 撤销本市某区人民代表大会的一项不适当的决议
- C. 责成本市人民法院重新审理一起有重大社会影响的刑事案件
- D. 罢免犯受贿罪的陈某的省人民代表大会代表资格

答案：ABD。

解析：根据《宪法》第104条规定，选项ABD应选。根据《刑事诉讼法》第203~205条的规定，人大常委会无权直接启动审判监督程序，选项C错误。

### 重点法条

第一百一十二条 民族自治地方的自治机关是自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。

第一百一十三条 自治区、自治州、自治县的人民代表大会中，除实行区域自治的民族的代表外，其他居住在本行政区域内的民族也应当有适当名额的代表。

自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会中应当有实行区域自治的民族的公民担任主任或者副主任。

第一百一十四条 自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族的公民担任。

#### 【关联法条】

#### 《宪法》

第一百一十五条 自治区、自治州、自治县的自治机关行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关的职权，同时依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限行使自治权，根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策。

第一百一十六条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案。



第一百一十七条 民族自治地方的自治机关有管理地方财政的自治权。凡是依照国家财政体制属于民族自治地方的财政收入，都应当由民族自治地方的自治机关自主地安排使用。

第一百一十八条 民族自治地方的自治机关在国家计划的指导下，自主地安排和管理地方性的经济建设事业。

国家在民族自治地方开发资源、建设企业的时候，应当照顾民族自治地方的利益。

第一百一十九条 民族自治地方的自治机关自主地管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育事业，保护和整理民族的文化遗产，发展和繁荣民族文化。

第一百二十条 民族自治地方的自治机关依照国家的军事制度和当地的实际需要，经国务院批准，可以组织本地方维护社会治安的公安部队。

第一百二十一条 民族自治地方的自治机关在执行职务的时候，依照本民族自治地方自治条例的规定，使用当地通用的一种或者几种语言文字。

第一百二十二条 国家从财政、物资、技术等方面帮助各少数民族加速发展经济建设和文化建设事业。

国家帮助民族自治地方从当地民族中大量培养各级干部、各种专业人才和技术工人。

## 法条精解

民族区域自治制度是我国宪法上的一项重要制度，也是司法考试的传统重点。我们拟在这里详细分解评述。

1. 民族自治地方分为自治区、自治州、自治县三级；民族乡不是民族自治地方。

2. 民族自治机关指在民族自治地方设立的行使同级一般行政区域地方国家机关职权和同时行使自治权的国家机关，包括自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府（第112条）。为保证国家司法制度的统一性，自治区、自治州、自治县的审判机关、检察机关不是民族自治机关，不行使民族自治权。

自治的一个重要内容体现在第113、114条上，务求掌握。

3. 民族自治权只需注意以下重点：

（1）民族立法自治权：①制定自治条例、单行条例，请注意其立法程序；②根据本地方实际情况，贯彻执行国家的法律、政策，对不适合民族自治地方实际情况的，自治机关可以报经该上级国家机关批准变通执行或者停止执行。请注意《民事诉讼法》第17条。

（2）财政经济自治权：①管理地方财政的自治权；②在国家的计划指导下自主地安排和管理地方性的经济建设事业；③对外贸易自主权：开辟对外贸易口岸、开展边境贸易等；④对本地方的各项开支可以制定补充规定和具体办法；⑤执行税法方面的优待。

（3）教育、科学、文化、卫生自治权。

（4）人口政策自治权。

（5）组织公安部队自治权（第120条）。

（6）语言文字权。

（7）培养和招收民族干部自治权。

4. 民族自治地方政府主席、州长、县长只能由实行民族区域自治的民族的公民担任，而人大常委会主任或者副主任必须由实行民族区域自治的民族的公民担任。我国实行的是民族区域自治，而不是民族自治或区域自治。

## 重点法条

第一百二十七条 最高人民法院是最高审判机关。

最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。

第一百二十八条 最高人民法院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责。

第一百二十九条 中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。

第一百三十二条 最高人民检察院是最高检察机关。

最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。





第一百三十三条 最高人民检察院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关和上级人民检察院负责。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第一百二十四条 中华人民共和国设立最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院。最高人民法院院长每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，连续任职不得超过两届。

人民法院的组织由法律规定。

第一百三十条 中华人民共和国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。

最高人民检察院检察长每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，连续任职不得超过两届。

人民检察院的组织由法律规定。

### 法条精解

本部分尤其需要注意法院与检察院在监督、领导、负责上的不同。

1. 上下级法院之间是监督关系，而不是领导关系，与此类似的，上下级人大之间也是监督关系；相反，上下级政府和上下级检察院都是领导关系，所以上级法院监督下级法院，上级检察院领导下级检察院。

2. 法院对产生它的权力机关负责；检察院对产生它的权力机关和上级检察院负责（最高人民检察院对全国人大及其常委会负责）。

3. 专门人民法院包括铁路运输法院、军事法院和海事法院；专门人民检察院包括铁路运输检察院、军事检察院，没有海事检察院。只有最高人民检察院检察长和最高人民法院院长有连续任职不得超过两届的规定。最高检副检察长及以下、最高法副院长及以下都没有这一限制。

### 真题示例

（2009 - 1 - 65）根据《宪法》和法律规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 中华人民共和国主席对全国人大及其常委会负责
- B. 国务院对全国人大负责并报告工作，在全国人大闭会期间对全国人大常委会负责并报告工作
- C. 最高人民法院、最高人民检察院对全国人大及其常委会负责
- D. 中央军事委员会对全国人大负责并报告工作，在全国人大闭会期间对全国人大常委会负责并报告工作

答案：BC。

解析：本题考核国家机构。国家主席不参与行政工作，不对全国人大负行政责任，选项 A 错误。根据《宪法》第 92 条规定，选项 B 正确。根据《宪法》第 128 条和第 133 条规定，选项 C 正确。根据《宪法》第 94 条，选项 D 错误。

## 《立法法》

### 重点法条

第七条 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。

全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。

全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。

第八条 下列事项只能制定法律：

- （一）国家主权的事项；
- （二）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；
- （三）民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；
- （四）犯罪和刑罚；



- (五) 对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;
- (六) 对非国有财产的征收;
- (七) 民事基本制度;
- (八) 基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;
- (九) 诉讼和仲裁制度;
- (十) 必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第六十二条 全国人民代表大会行使下列职权:

- (一) 修改宪法;
- (二) 监督宪法的实施;
- (三) 制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律;
- (四) 选举中华人民共和国主席、副主席;
- (五) 根据中华人民共和国主席的提名, 决定国务院总理的人选; 根据国务院总理的提名, 决定国务院副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长的人选;
- (六) 选举中央军事委员会主席; 根据中央军事委员会主席的提名, 决定中央军事委员会其他组成人员的人选;
- (七) 选举最高人民法院院长;
- (八) 选举最高人民检察院检察长;
- (九) 审查和批准国民经济和社会发展规划和计划执行情况的报告;
- (十) 审查和批准国家的预算和预算执行情况的报告;
- (十一) 改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定;
- (十二) 批准省、自治区和直辖市的建置;
- (十三) 决定特别行政区的设立及其制度;
- (十四) 决定战争和和平的问题;
- (十五) 应当由最高国家权力机关行使的其他职权。

第六十七条 全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:

- (一) 解释宪法, 监督宪法的实施;
- (二) 制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律;
- (三) 在全国人民代表大会闭会期间, 对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改, 但是不得同该法律的基本原则相抵触;
- .....

### 法条精解

1. 全国人大与全国人大常委会是我国立法机关, 二者的立法权限分工是:

- (1) 全国人大制定、修改基本法律;
- (2) 全国人大常委会制定、修改基本法律以外的法律 (本章中的“法律”一词为狭义用法, 仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件);
- (3) 全国人大常委会可以部分补充、修改基本法律。

2. 注意法律保留的具体事项, 有相对保留事项和绝对事项之分。结合第8、9条理理解记忆。其中, 教育制度不属于法律保留事项。

### 真题示例

1. (2001-1-1) 根据《中华人民共和国立法法》的规定, 下列哪一项属于地方性法规可以规定的事项?

- A. 执行法律、行政法规规定的事项
- B. 执行部门规章的事项
- C. 诉讼和仲裁制度
- D. 基层群众自治制度



答案：A。

解析：《立法法》第8条、第64条第1款、第86条第（二）项。

2.（2002-1-34）根据《立法法》的要求，下列哪些事项只能由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律加以规定？

A. 劳动争议仲裁制度

B. 教育制度

C. 对私有企业的财产征收制度

D. 居民委员会、村民委员会制度

答案：ACD。

解析：本题考查只能由全国人大常委会制定法律的事项。根据《立法法》第8条规定，选项A劳动争议仲裁制度属于第8条第9项规定的内容；选项B教育制度不属于只能由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律加以规定的事项；选项C对私有企业的财产征收制度属于第6项规定的内容；选项D居民委员会、村民委员会制度属于第3项规定的内容。所以本题正确答案为ACD。

## 重点法条

第九条 本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

第十条 授权决定应当明确授权的目的、范围。

被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。

被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。

第十一条 授权立法事项，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后，相应立法事项的授权终止。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第八十九条 国务院行使下列职权：

（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；

（二）向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；

（三）规定各部和各委员会的任务和职责，统一领导各部和各委员会的工作，并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作；

（四）统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分；

（五）编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算；

（六）领导和管理经济工作和城乡建设；

（七）领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作；

（八）领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作；

（九）管理对外事务，同外国缔结条约和协定；

（十）领导和管理国防建设事业；

（十一）领导和管理民族事务，保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利；

（十二）保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益；

（十三）改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章；

（十四）改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令；

（十五）批准省、自治区、直辖市的区域划分，批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分；

（十六）依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态；

（十七）审定行政机构的编制，依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员；

（十八）全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。

第十二条 全国人民代表大会主席团可以向全国人民代表大会提出法律案，由全国人民代表大会会议审议。

全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向全国人民代表大会提出法律案，由主席团决定列入会议议程。



第十三条 一个代表团或者三十名以上的代表联名，可以向全国人民代表大会提出法律案，由主席团决定是否列入会议议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入会议议程。专门委员会审议的时候，可以邀请提案人列席会议，发表意见。

### 法条精解

1. 关于授权国务院行政立法，应注意掌握：

(1) 不能授权立法的事项（第9条的但书规定）。

(2) 第10条第3款，禁止转授权。

(3) 授权具有期限性（第11、56条）。

2. 第9条是关于授权国务院行政立法的规定，注意法律的绝对保留事项：有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等。在我国只有全国人大及其常委会才能成为授权主体。

3. 第12条要注意可以向全国人大提出法律案的主体，要结合本法第13条理解记忆，共有9个主体，而且与向全国人大常委会提出法律案的主体做比较，不要把它们混淆了。

4. 第13条要注意：由1个代表团或30名以上的代表联名提出的法律案“待遇”低于机构提案，表现在前者提出的法律案要由主席团决定是否列入会议议程，或由有关专门委员会提出是否列入会议议程的意见后再决定是否列入会议议程，而后者是由主席团决定列入会议议程。

### 重点法条

第二十四条 委员长会议可以向常务委员会提出法律案，由常务委员会会议审议。

国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向常务委员会提出法律案，由委员长会议决定列入常务委员会会议议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出报告，再决定列入常务委员会会议议程。如果委员长会议认为法律案有重大问题需要进一步研究，可以建议提案人修改完善后再向常务委员会提出。

第二十五条 常务委员会组成人员十人以上联名，可以向常务委员会提出法律案，由委员长会议决定是否列入常务委员会会议议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入常务委员会会议议程。不列入常务委员会会议议程的，应当向常务委员会会议报告或者向提案人说明。

专门委员会审议的时候，可以邀请提案人列席会议，发表意见。

### 法条精解

1. 以上是对提出法律案的主体的规定。

(1) 掌握有权向全国人大提出法律案的九大主体。特别注意代表联名的，要求30人以上。

(2) 掌握有权向全国人大常委会提出法律案七大主体，特别注意委员联名的，要求10人以上。

(3) 向全国人大和全国人大常委会提出法律案的主体中，国务院等五个机关是双重主体，应注意两个主体的差异所在。

2. 常务委员的提案“待遇”低于机构提案：前者要由委员长会议决定是否列入常委会会议议程，后者是由委员长会议决定列入常委会会议议程。

### 重点法条

第二十条 列入全国人民代表大会会议议程的法律案，在交付表决前，提案人要求撤回的，应当说明理由，经主席团同意，并向大会报告，对该法律案的审议即行终止。

第四十九条 向全国人民代表大会及其常务委员会提出的法律案，在列入会议议程前，提案人有权撤回。

### 法条精解

以上两个条文是关于法律案撤回的规定。

1. 法律案提案人享有撤回权。





2. 因撤回时间不同，撤回的程序也不同。

### 重点法条

第二十二条 法律草案修改稿经各代表团审议，由法律委员会根据各代表团的审议意见进行修改，提出法律草案表决稿，由主席团提请大会全体会议表决，由全体代表的过半数通过。

第二十三条 全国人民代表大会通过的法律由国家主席签署主席令予以公布。

第四十条 法律草案修改稿经常务委员会会议审议，由法律委员会根据常务委员会组成人员的审议意见进行修改，提出法律草案表决稿，由委员长会议提请常务委员会全体会议表决，由常务委员会全体组成人员的过半数通过。

第四十一条 常务委员会通过的法律由国家主席签署主席令予以公布。

### 法条精解

1. 法律草案审议时，由法律委员会负责修改事宜。
2. 通过的票数要求都是全体人员（代表或组成人员）过半数。
3. 全国人大及其常委会通过的法律均由国家主席予以公布。
4. 注意不要混淆：全国人大与全国人大常委会通过基本法律和法律表决时，都是由其组成人员的过半数而非出席人员的过半数通过。

### 重点法条

第二十七条 列入常务委员会会议议程的法律案，一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决。

常务委员会会议第一次审议法律案，在全体会议上听取提案人的说明，由分组会议进行初步审议。

常务委员会会议第二次审议法律案，在全体会议上听取法律委员会关于法律草案修改情况和主要问题的汇报，由分组会议进一步审议。

常务委员会会议第三次审议法律案，在全体会议上听取法律委员会关于法律草案审议结果的报告，由分组会议对法律草案修改稿进行审议。

常务委员会审议法律案时，根据需要，可以召开联组会议或者全体会议，对法律草案中的主要问题进行讨论。

第二十八条 列入常务委员会会议议程的法律案，各方面意见比较一致的，可以经两次常务委员会会议审议后交付表决；部分修改的法律案，各方面的意见比较一致的，也可以经一次常务委员会会议审议即交付表决。

### 法条精解

1. “三读”是全国人大常委会通过法律的一般程序（第27条）。
2. “二读”、“一读”是例外（第28条）。
3. 注意第28条关于“二读”及“一读”的条件规定，二者的条件有相同一面，亦有差异。

### 重点法条

第三十八条 法律案经常务委员会三次会议审议后，仍有重大问题需要进一步研究的，由委员长会议提出，经联组会议或者全体会议同意，可以暂不付表决，交法律委员会和有关的专门委员会进一步审议。

第三十九条 列入常务委员会会议审议的法律案，因各方面对制定该法律的必要性、可行性等重大问题存在较大意见分歧搁置审议满两年的，或者因暂不付表决经过两年没有再次列入常务委员会会议议程审议的，由委员长会议向常务委员会报告，该法律案终止审议。

第四十二条 法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：

- （一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；
- （二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。

第四十三条 国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律



解释要求。

第四十六条 法律解释草案表决稿由常务委员会全体组成人员的过半数通过，由常务委员会发布公告予以公布。

第四十七条 全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。

## 法条精解

1. 了解第 38 条的暂不交付表决制：

- (1) 经常委会三次会议审议；
- (2) 仍有重大问题需进一步研究；
- (3) 由委员长会议提出；
- (4) 经联组会议或全体会议同意。

2. 掌握第 39 条的法律案的终止审议的两种情形：

- (1) 搁置争议满两年的；
- (2) 暂不交付表决（第 38 条的情形）经两年没有再次列入常委会会议议程审议的。

3. 第 42、43、45、46、47 条主要是有关法律解释的重点法条，也是司法考试重点。应掌握：

- (1) 全国人大常委会独享法律解释权。
- (2) 了解法律需要解释的两种情形，是选择题的命题素材。
- (3) 有权提出法律解释要求的六大主体。
- (4) 法律解释案表决规则同法律相同（第 46、40 条），但公布者是常委会而非国家主席。
- (5) 注意法律解释的效力为何（第 47 条）。

## 真题示例

1. （2007 - 1 - 93）某省人大常委会认为一项法律的个别条款在适用上存在某些困难，并认为有必要对该条款作出法律解释。根据我国宪法和立法法规定，该省人大常委会正确的做法是：

- A. 对该条款直接作出法律解释
- B. 提请全国人民代表大会常务委员会就该条款作出法律解释
- C. 提请最高人民法院就该条款作出司法解释
- D. 提请全国人民代表大会就该条款作出法律解释

答案：B。

解析：根据《立法法》第 43 条规定，应选 B。

2. （2002 - 1 - 63）法律解释可以分为立法解释、司法解释和学理解释，不同的法律解释其效力也不相同。根据我国《立法法》的规定，下列哪些情况属于全国人大常委会法律解释的权限范围？

- A. 法律的规定需要进一步明确具体含义的
- B. 法律规定业已修正需要重新定义其相关内容的
- C. 法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的
- D. 法律之间发生冲突，需要裁决其效力优先性的

答案：AC。

解析：本题考查法律解释。根据《立法法》第 42 条规定，A、C 是正确答案，由于题干是根据我国《立法法》的规定，所以 B、D 不属于我国《立法法》规定的情况，所以可以排除。

## 重点法条

第六十三条 省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。

较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准。



省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的较大的市的地方性法规进行审查时，发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的，应当作出处理决定。

本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

第六十五条 经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。

第六十六条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

第六十七条 规定本行政区域特别重大事项的地方性法规，应当由人民代表大会通过。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第一百条 省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。

### 法条精解

有关地方性法规制定的规定，为司法考试重点和难点，应予准确把握。

1. 掌握有权制定地方性法规的立法主体共有4类（第63条第1款、第2款）。

2. 注意第63条第2款：

（1）不得与宪法、法律、行政法规、省级地方性法规相抵触；

（2）报批程序。

3. 注意第63条第3款：省级规章与较大的市的地方性法规的冲突处理。

4. 经济特区所在省的人大及其常委会既可以制定地方性法规，也可以制定经济特区法规；经济特区所在市的人大及其常委会既可以制定地方性法规，也可以制定经济特区法规。经济特区所在省的人大及其常委会制定的经济特区法规并非在全省适用，而是仅在经济特区所在市适用。经济特区法规可以对上位法作出变通规定，此点不同于地方性法规。

5. 重点掌握第67条：应专由地方人大而非人大常委会通过的事项。

6. 注意不要混淆以下几点：

（1）依《宪法》第100条的规定，省级人大及其常委会制定地方性法规只须向全国人大常委会备案，而不须报批。依《立法法》第63条第2款规定，较大的市的人大及其常委会制定地方性法规，应向省级人大常委会报批而非备案。

（2）“较大的市”的含义需弄清。

（3）经济特区法规的制定者包括经济特区所在地的省、市人大及常委会。

### 真题示例

1. （2005-1-62）根据我国宪法的规定，下列关于宪法监督制度的表述，哪些是正确的？

A. 全国人民代表大会常务委员会对省人大制定的地方性法规的撤销属于事后监督

B. 我国的宪法监督体制以附带性审查为主

C. 全国人民代表大会常务委员会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规

D. 全国人民代表大会常务委员会批准自治区的自治条例属于事先监督

答案：ACD。

解析：根据《立法法》第63条第1款和第66条第1款规定，选项A、D正确。根据《宪法》第62条第2项和第67条第1项规定，选项B错误。根据《宪法》第67条第7项或《立法法》第88条第2项规定，选项C明显正确。

2. （2002-2-80）关于较大市地方性法规的制定程序，下列说法中哪些是正确的？



- A. 省人大常委会有权对较大市人大制定的地方性法规进行适当性审查  
B. 省人大常委会有权对较大市人大制定的地方性法规进行合法性审查  
C. 省人大常委会有权对较大市人大制定的地方性法规作出不批准的决定  
D. 省人大常委会批准较大市人大制定的地方性法规后，由大会主席团发布公告予以公布

答案：BC。

解析：根据《立法法》第63条第2款规定，A项错误，B项正确，C项也正确。根据《立法法》第69条第3款规定，D项错误。

## 重点法条

第六十六条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第一百一十六条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案。

第一百条 省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案。

## 法条精解

1. 掌握自治条例、单行条例的报批程序。

2. 自治条例、单行条例的变通规定权。有几个限制：

(1) 不得违背法律、行政法规基本原则；

(2) 不得对宪法、民族区域自治法作出变通规定；

(3) 不得对其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

3. 有权制定自治条例、单行条例主体包括自治区、自治州、自治县的人民代表大会。注意自治县的单行条例、自治条例也是报省级人大常委会批准，而非报自治州的人大常委会批准。

4. 注意不要混淆以下几点：

(1) 自治区人大及其常委会制定的地方性法规，应向全国人大常委会备案而非报批，但若自治区人大制定的是单行条例、自治条例，则须报全国人大常委会批准。

(2) 制定自治条例、单行条例的立法主体只有自治区、州、县的人大，而不包括自治区、州、县的人大常委会。

## 真题示例

(2003-1-9) 根据我国宪法和有关法律的规定，下列选项中有关法规“批准”生效的情形哪一个是错误的？

- A. 自治州人大制定的自治条例和单行条例报省或自治区的人大常委会批准  
B. 自治区人民代表大会制定的自治条例和单行条例报全国人大常委会批准  
C. 省、直辖市权力机关制定的地方性法规报全国人大常委会批准  
D. 自治县人大制定的自治条例和单行条例报省或自治区的人大常委会批准

答案：C。

解析：省、直辖市权力机关有权制定地方性法规，无需报批准，但不能同宪法、法律、行政法规相抵触。故C错误，选C。而自治条例和单行条例可能对法律和行政法规的规定作出变通规定，因此需报批准。





根据《立法法》第66条规定，ABD正确。

## 重点法条

第六十九条 省、自治区、直辖市的人民代表大会制定的地方性法规由大会主席团发布公告予以公布。

省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会制定的地方性法规由常务委员会发布公告予以公布。

较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规报经批准后，由较大的市的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布。

自治条例和单行条例报经批准后，分别由自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会发布公告予以公布。

## 法条精解

本条规定了不同法律文件的公告、公布机关不同，需要对比记忆。

## 重点法条

第七十一条 国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。

部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。

第七十二条 涉及两个以上国务院部门职权范围的事项，应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。

第七十三条 省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章。

地方政府规章可就下列事项作出规定：

- (一) 为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；
- (二) 属于本行政区域的具体行政管理事项。

### 【关联法条】

### 《宪法》

第九十条 国务院各部部长、各委员会主任负责本部门的工作；召集和主持部务会议或者委员会会议、委务会议，讨论决定本部门工作的重大问题。

各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章。

第一百零七条 县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。

乡、民族乡、镇的人民政府执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令，管理本行政区域内的行政工作。

省、直辖市的人民政府决定乡、民族乡、镇的建置和区域划分。

## 法条精解

1. 部门规章的立法主体不仅包括国务院部门（各部、委、央行、审计署），还包括国务院直属机构。
2. 掌握有权制定地方政府规章的主体包括哪些机关（第73条第1款）。
3. 联系第73条第2款，了解地方政府规章规定的事项范围。
4. 注意地方政府规章不需要报请批准，这与较大的市的地方性法规不同。
5. 注意在涉及多个国务院部门职权范围的事项，应当提请国务院制定行政法规或者由国务院部门联合制定规章。

## 真题示例

1. (2003-2-77) 按照《立法法》和相关法律的规定，下列哪些机关或者机构具有制定规章的权力？  
A. 国务院办公厅 B. 国家体育总局



C. 国务院法制办公室

D. 审计署

答案：BD。

解析：根据《立法法》第71条规定，国务院各部、各委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的国务院直属机构都有权制定行政规章。故选B、D项。

2. (2005-2-49) 下列有关行政法规和规章的哪一种说法是正确的？

A. 涉及两个以上国务院部门职权范围的事项，不得制定规章，应当由国务院制定行政法规

B. 行政机关对行政许可事项进行监督检查收取费用须由法规规章规定

C. 行政法规应由国务院起草、讨论和通过，国务院部门不能成为行政法规的起草单位

D. 有规章制定权的地方政府可以直接依据法律制定规章

答案：D。

解析：根据《立法法》第72条，选项A错误。根据《行政许可法》第58条第1款规定，选项B错误。根据《立法法》第57条和《行政法规制定程序条例》第10条规定，选项C中“行政法规应由国务院起草”、“国务院部门不能成为行政法规的起草单位”的说法错误。根据《立法法》第73条规定，选项D正确。

## 重点法条

第七十八条 宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

第七十九条 法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。

行政法规的效力高于地方性法规、规章。

第八十条 地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。

省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。

## 法条精解

《立法法》第一次系统确立了我国各种立法文件的效力位阶，属司法考试重点。需要注意的是：

1. 较大的市的地方性法规与省级地方政府规章之间并不存在上下位阶关系；省级人大常委会审查报批的较大的市的地方性法规，发现其与省级地方规章抵触的应当处理。

2. 部门规章与地方政府规章之间效力同等，互不隶属。

3. 自治条例和单行条例在本自治地方优先适用（第81条第1款）。

4. 经授权的经济特区法规在本经济特区优先适用（第81条第2款）。

## 真题示例

1. (2004-1-84) 某法院在审理一行政案件中认为某地方性法规与国家法律相抵触。根据我国宪法和法律的规定，下列表述何者为正确？

A. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，可以对地方性法规的合宪性和合法性进行审查

B. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，应当适用国家法律进行审判

C. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，可以通过所在法院报请最高人民法院，由最高人民法院依法向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求

D. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，可以公民的名义向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议

答案：BCD。

解析：众所周知，我国不存在司法审查，故A项错误。我国《宪法》第5条、《立法法》第78条和第79条规定了宪法、法律、法规、规章的位阶制度，据此，B项正确。根据《立法法》第90条规定，C、D正确。

2. (2004-1-54) 下列关于我国法律效力问题的表述哪些是正确的？

A. 地方性法规的效力高于下级地方政府规章但不高于本级地方政府规章

B. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决





C. 按照我国《立法法》的规定,为了更好地保护公民的权利和利益,某些行政法规的特别规定可以溯及既往

D. 经济特区法规根据授权对全国人大及其常委会制定的法律作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定

答案: CD。

解析: A 项中地方性法规的法律效力既高于下级地方政府规章又高于本级地方政府规章, A 不正确。B 项中地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致时,应当分情况处理,根据《立法法》第 86 条规定, B 是错误的。根据《立法法》第 84 条规定, C 项正确。根据《立法法》第 81 条规定, D 项也正确。

### 重点法条

第八十一条 自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。

经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。

第八十二条 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内施行。

### 法条精解

1. 变通规定的法规仅在自治区或经济特区适用,即使是经济特区所在的省制定的经济特区法规所做的变通规定也仅在经济特区适用。

2. 关于法规和规章的效力,注意两点:

(1) 较大的市制定的地方性法规与本省、自治区政府制定的政府规章之间的效力没有大小之分。

(2) 国务院部门规章与地方性规章、地方政府规章之间的效力也没有大小之分。

3. 第 82 条可以概括为:规章之间具有同等效力。

### 真题示例

(2002-2-24) 李某在某特区打工时被机器轧断手臂,就赔偿问题与企业发生争议起诉至法院。根据该特区依据全国人大授权制定的地方性法规,李某只能得到 20 个月工资的赔偿额而根据该特区所在省的地方性法规,他可以得到 25 个月的赔偿额。法院应如何处理本案?

A. 直接依据省地方性法规审理判决此案

B. 直接依据特区地方性法规审理判决此案

C. 提请全国人大常委会作出裁决后审理判决此案

D. 提请国务院作出裁决后审理判决此案

答案: B。

解析: 根据《立法法》第 81 条规定,选项 B 正确, A 错误。根据《立法法》第 85 条和第 86 条规定,选项 C、D 错误。

### 重点法条

第八十三条 同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。

第八十五条 法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。

第八十六条 地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:

(一) 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决;

(二) 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决;



(三) 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时, 由国务院裁决。

根据授权制定的法规与法律规定不一致, 不能确定如何适用时, 由全国人民代表大会常务委员会裁决。

## 法条精解

1. 第 83 条规定了法律规范冲突的适用规则:

(1) 特别法优于一般法;

(2) 新法优于旧法。

但以上规则的适用, 必须限定在同一立法机关制定的效力同等的不同立法文件之间。

2. 第 85 条、第 86 条规定的即是不能适用第 83 条确定的原则的情形。对于这些情形, 需要有权机关作出裁决或决定, 考查角度主要在于有权机关。记忆的方法在于:

(1) 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致的, 由制定机关裁决 (全国人大及其常委会视为同一机关, 法律之间的不一致由全国人大常委会裁决)。

(2) 国务院不能否定地方性法规的适用 (因为此为人大及常委会制定), 欲否定, 应提请全国人大常委会裁决。

(3) 经授权的法规与法律视为同一层次 (第 86 条, 第 81 条第 2 款)。

3. 国务院仅能否定部门规章的效力, 而不能否定地方性法规的效力, 若欲否定之, 只能提请全国人大常委会裁决。

4. 经授权制定的法规与法律效力没有大小之分, 两者冲突时由全国人大常委会裁决。

## 真题示例

1. (2006-1-3) 某地法院在审理案件过程中发现, 该省人民代表大会所制定的地方性法规规定与国家某部委制定的规章规定不一致, 不能确定如何适用。在此情形下, 根据我国《宪法》和《立法法》, 下列哪种处理办法是正确的?

A. 由国务院决定在该地方适用部门规章

B. 由全国人民代表大会决定在该地方是适用地方性法规还是适用部门规章

C. 由最高人民法院通过司法解释加以决定

D. 由国务院决定在该地方适用地方性法规, 或者由国务院提请全国人民代表大会常务委员会裁决在该地方适用部门规章

答案: D。

解析: 根据《宪法》第 86 条第 1 款第 2 项规定, 本题的答案为 D。

2. (2009-1-62) 关于法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的适用, 下列哪些选项符合《立法法》规定?

A. 同一机关制定的特别规定与一般规定不一致时, 适用特别规定

B. 法律、行政法规、地方性法规原则上不溯及既往

C. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致不能确定如何适用时, 由国务院裁决

D. 根据授权制定的法规与法律规定不一致不能确定如何适用时, 由全国人大常委会裁决

答案: ABD。

解析: 本题考核法的正式渊源的冲突的解决原则。根据《立法法》第 83 条规定, 选项 A 正确。根据《立法法》第 84 条规定, 选项 B 正确。根据《立法法》第 86 条第 1 款第 2 项规定, 选项 C 错误。根据《立法法》第 86 条第 2 款规定, 选项 D 正确。

## 重点法条

第八十七条 法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的, 由有关机关依照本法第八十八条规定的权限予以改变或者撤销:

(一) 超越权限的;

(二) 下位法违反上位法规定的;

(三) 规章之间对同一事项的规定不一致, 经裁决应当改变或者撤销一方的规定的;

(四) 规章的规定被认为不适当, 应当予以改变或者撤销的;



(五) 违背法定程序的。

第八十八条 改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限是：

(一) 全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律，有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例；

(二) 全国人民代表大会常务委员会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规，有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规，有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例；

(三) 国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章；

(四) 省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的和批准的不适当的地方性法规；

(五) 地方人民代表大会常务委员会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章；

(六) 省、自治区的人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章；

(七) 授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规，必要时可以撤销授权。

### 法条精解

1. 首先注意“改变”与“撤销”的区别。一般而言，有直接隶属关系的可改变或撤销，而不具有直接隶属关系的只能撤销。

2. 考查角度一般是考查有权改变、撤销机关为何，故必须掌握以上各种情形下的有权改变、撤销机关，记忆的诀窍是清楚各立法机关之间的权力位阶关系。

3. 人大和本级人大常委会是领导与被领导的关系，上下级行政机关之间是领导关系，上级人大常委会对下一级人大及其常委会之间是监督关系，人大常委会与本级人民政府之间是监督关系。

4. 一般来说，有领导关系的进行适当性监督，可以改变或者撤销，有监督关系的进行合法性监督，只能撤销。改变或撤销的规律是：

(1) 人大有权改变或撤销其常委会制定的法律、法规；

(2) 上级政府有权改变或撤销下级政府制定的规章；

(3) 人大常委会有权撤销本级政府制定的规章

(4) 全国人大常委会有权撤销行政法规或地方性法规

(5) 授权机关有权撤销被授权机关制定的法规

5. 经济特区所在地的省级人大常委会无权监督经济特区所在地的市人大及其常委会制定的经济特区法规。

### 真题示例

1. (2009-1-14) 关于改变或者撤销法律、法规、自治条例和单行条例、规章的权限，下列哪一选项符合《立法法》的规定？

A. 全国人民代表大会有权改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背《宪法》和《立法法》相关规定的自治条例和单行条例

B. 省、自治区、直辖市的人民代表大会有权改变或者撤销其常务委员会制定的和批准的不适当的地方性法规

C. 地方人民代表大会常务委员会有权改变或者撤销本级人民政府制定的不适当的规章

D. 授权机关有权改变被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规

答案：B。

解析：根据《立法法》第88条第1项规定可知，A项说法错误。根据上述规定的第4项可知，B项说法正确。根据上述规定的第5项可知，C项说法错误。根据上述规定的第7项可知，D项说法错误。

2. (2005-2-43) 下列有关法律规范的适用和备案的哪一种说法是正确的？

A. 地方性法规与部门规章对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院作出最终裁决

B. 不同行政法规的特别规定与一般规定不一致不能确定如何适用时，由国务院裁决

C. 地方政府规章内容不适当的，国务院应当予以改变或者撤销



D. 凡被授权机关制定的法规违背授权目的的，授权和所制定的法规应当一并被撤销

答案：C。

解析：根据《立法法》第86条第1款第2项规定，选项A错误。根据《立法法》第83条规定，选项B错误。根据《立法法》第87条第4项和第88条第3项规定，选项C正确。根据《立法法》第88条第7项规定，选项D错误。

## 重点法条

第八十九条 行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的三十日内依照下列规定报有关机关备案：

（一）行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案；

（二）省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；

（三）自治州、自治县制定的自治条例和单行条例，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；

（四）部门规章和地方政府规章报国务院备案；地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案；较大的市的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案；

（五）根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案。

第九十条 国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。

第九十一条 全国人民代表大会专门委员会在审查中认为行政法规、地方性法规、

自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向制定机关提出书面审查意见；也可以由法律委员会与有关的专门委员会召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见，并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会反馈。

全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会审查认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触而制定机关不予修改的，可以向委员长会议提出书面审查意见和予以撤销的议案，由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。

## 法条精解

1. 本条详细的规定了法律以下文件的备案机关。必须掌握有权备案机关。

2. 对于须要报经批准才生效的文件不是由本制定机关报请备案，而是由批准机关报请备案，如较大的市的地方性法规，自治州、自治县的自治条例和单行条例。

3. 下位法向其全部上位法的制定机关备案，但是该上位法的制定机关是权力机关的，报其常委会备案。需注意的是，全国人大常委会不接受规章的备案，人大不接受备案。

4. 第90条规定了行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例同宪法、法律相抵触的审查制度。需重点掌握：

（1）提出审查要求的有权主体有5个，提出审查建议的主体则广泛得多，包括除以上5个主体以外的任何法律主体（第90条第1款、第2款）。

（2）注意审查的机关是全国人大常委会。

5. 第91条规定的是全国人大常委会进行审查的具体程序，需要了解。





(2003-2-23) 某地方性法规规定,企业终止与职工的劳动合同的,必须给予相应的经济补偿。某企业认为该规定与劳动法相抵触,有权作下列何种处理?

- A. 向全国人大书面提出进行审查的建议
- B. 向全国人大常委会书面提出进行审查的建议
- C. 向国务院书面提出进行审查的要求
- D. 向省人大书面提出进行审查的要求

答案: B。

解析: 根据《立法法》第 90 条规定,本题所说的某企业是属于国家机关之外的企业事业单位,因而如果其认为地方性法规违反了其上位的劳动法,则依照立法法的规定,其有权向全国人大常委会书面提出审查的建议。本题选 B。

## 《选举法》

### 重点法条

第二条 全国人民代表大会的代表,省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会的代表,由下一级人民代表大会选举。

不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人民代表大会的代表,由选民直接选举。

第三条 中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况和居住期限,都有选举权和被选举权。

依照法律被剥夺政治权利的人没有选举权和被选举权。

第四条 每一选民在一次选举中只有一个投票权。

第六条 全国人民代表大会和地方各级人民代表大会的代表应当具有广泛的代表性,应当有适当数量的基层代表;应当有适当数量的妇女代表,并逐步提高妇女代表的比例。

全国人民代表大会和归侨人数较多地区的地方人民代表大会,应当有适当名额的归侨代表。

旅居国外的中华人民共和国公民在县级以下人民代表大会代表选举期间在国内的,可以参加原籍地或者出国前居住地的选举。

第八条 全国人民代表大会常务委员会主持全国人民代表大会代表的选举。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会主持本级人民代表大会代表的选举。

不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会,主持本级人民代表大会代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会受本级人民代表大会常务委员会的领导。乡、民族乡、镇的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会的领导。

省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会指导本行政区域内县级以下人民代表大会代表的选举工作。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第三十四条 中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。

### 法条精解

1. 第 2 条要注意直接选举与间接选举的分界。读者可作这样的记忆: 县级以下(含县级) 直接选举, 县级以上(不含县级) 间接选举。同时注意此处选举是指选举人大代表, 而非国家机关工作人员。

2. 享有选举权、被选举权的条件有三个:

- (1) 须是中华人民共和国公民;
- (2) 须年满 18 周岁;



(3) 须没有被剥夺政治权利。

3. 注意精神病患者是有选举权的（参见第26条第2款）。

4. 我国选举采取一人一票制度。

5. 注意第6条旅居国外的中国公民参加选举的条件：

(1) 中国公民但旅居国外；

(2) 参加的是县级以上人大代表选举；

(3) 选举期间在国内；

(4) 参加原籍地或出国前居住地的选举。

6. 只有县级和乡级设立选举委员会，且县级选举委员会与乡级选举委员会之间没有领导关系，两者都受县级人大常委会的领导。在间接选举中，本级人大常委会主持人大代表的选举。在直接选举中，本级选举委员会主持人大代表的选举。考生应力求准确把握各级别人大选举的主持者为谁。注意不要混淆上级人大常委会对下级选举的“领导”与“指导”，两者含义完全不同。

### 真题示例

1. (2008-1-61) 根据我国《宪法》和《选举法》的规定，下列哪些选项是正确的？

A. 全国人民代表大会常务委员会主持全国人民代表大会代表的选举工作

B. 县级以上地方各级人民代表大会常务委员会主持本级人民代表大会代表的选举工作

C. 乡、民族乡、镇设立选举委员会，主持本级人民代表大会代表的选举工作

D. 乡、民族乡、镇设立的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会的领导

答案：ACD

解析：《选举法》第8条规定，全国人民代表大会常务委员会主持全国人民代表大会代表的选举。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会主持本级人民代表大会代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会，主持本级人民代表大会代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会受本级人民代表大会常务委员会的领导。乡、民族乡、镇的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会的领导。所以本题应选ACD。

2. (四川2008-1-15) 乡、民族乡、镇设立选举委员会主持本级人民代表大会的选举。根据选举法，该委员会受下列哪一机构的领导？

A. 乡、民族乡、镇的人民代表大会

B. 不设区的市、市辖区、县、自治县的人大常委会

C. 乡、民族乡、镇的人民代表大会主席团

D. 不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会

答案：B

解析：不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会，主持本级人民代表大会代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会受本级人民代表大会常务委员会的领导。乡、民族乡、镇的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会的领导。所以本题应选B项。

### 重点法条

第十二条 省、自治区、直辖市的人民代表大会代表的具体名额，由全国人民代表大会常务委员会依照本法确定。设区的市、自治州和县级的人民代表大会代表的具体名额，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会依照本法确定，报全国人民代表大会常务委员会备案。乡级的人民代表大会代表的具体名额，由县级的人民代表大会常务委员会依照本法确定，报上一级人民代表大会常务委员会备案。

### 法条精解

1. 掌握各级人大代表名额的确定及其程序。





### 重点法条

第十四条 地方各级人民代表大会代表名额，由本级人民代表大会常务委员会或者本级选举委员会根据本行政区域的人口数，按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则，以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。在县、自治县的人民代表大会中，人口特少的乡、民族乡、镇，至少应有代表一人。地方各级人民代表大会代表名额具体分配办法，由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会参照全国人民代表大会代表名额分配的办法，结合本地区的实际情况规定。

### 法条精解

在《选举法》修改以前，城乡之间存在效力不平等的问题，即城镇选区一位代表所代表的人口数大体相当于农村选区一位代表所代表人口数的4倍。也就是说，农村选民一票的效力大体相当于城镇选民一票的四分之一。但在《选举法》修改以后，这一问题得到了解决，不论是城镇选民还是农村选民，只要他们隶属于同一行政区域，同样的票数就能选出同样多的代表，此即新修《选举法》第14条“每一代表所代表的城乡人口数相同的原则”之深意。

### 重点法条

第二十四条 不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人民代表大会的代表名额分配到选区，按选区进行选举。选区可以按居住状况划分，也可以按生产单位、事业单位、工作单位划分。

选区的大小，按照每一选区选一名至三名代表划分。

### 法条精解

1. 了解直接选举中选区的划分标准：居住状况、生产单位、事业单位、工作单位。
2. 注意每一选区的代表名额是1~3人。

### 重点法条

第二十六条 选民登记按选区进行，经登记确认的选民资格长期有效。每次选举前对上次选民登记以后新满十八周岁的、被剥夺政治权利期满后恢复政治权利的选民，予以登记。对选民经登记后迁出原选区的，列入新迁入的选区的选民名单；对死亡的和依照法律被剥夺政治权利的人，从选民名单上除名。

精神病患者不能行使选举权利的，经选举委员会确认，不列入选民名单。

第二十八条 对于公布的选民名单有不同意见的，可以向选举委员会提出申诉。选举委员会对申诉意见，应在三日内作出处理决定。申诉人如果对处理决定不服，可以在选举日的五日以前向人民法院起诉，人民法院应在选举日以前作出判决。人民法院的判决为最后决定。

#### 【关联法条】

#### 《选举法》

第二十七条 选民名单应在选举日的二十日以前公布，实行凭选民证参加投票选举的，并应当发给选民证。

#### 《民事诉讼法》

第一百六十四条 公民不服选举委员会对选民资格的申诉所作的处理决定，可以在选举日的五日以前向选区所在地基层人民法院起诉。

第一百六十五条 人民法院受理选民资格案件后，必须在选举日前审结。

审理时，起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加。

人民法院的判决书，应当在选举日前送达选举委员会和起诉人，并通知有关公民。

### 法条精解

1. 经登记的选民资格长期有效。
2. 每次选举前予以登记的选民范围：
  - (1) 上次选民登记后新满18周岁的；



- (2) 上次选民登记后被剥夺政治权利期满恢复政治权利的。
3. 选民登记后迁出原选区的：直接列入新迁入的选区的选民名单。
4. 从选民名单上除名的情形：
- (1) 死亡的人；
- (2) 依法被剥夺政治权利的人。
5. 精神病患者有选举权，但不能行使选举权利的，不列入选民名单。
6. 有关对选民名单不服的救济程序：
- (1) 申诉；
- (2) 选举委 3 日内作出决定；
- (3) 不服选举委决定，在选举日前 5 天向选区所在地基层法院起诉；
- (4) 法院实行一裁终局制。
7. 注意上述有关 3 日与 5 日的期间规定。
8. 注意法院的地域管辖。

### 真题示例

(2009 - 1 - 21) 根据《宪法》和《选举法》规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 选民登记按选区进行，每次选举前选民资格都要进行重新登记
- B. 选民名单应在选举日的十五日以前公布
- C. 对于公布的选民名单有不同意见的，可以向选举委员会申诉或者直接向法院起诉
- D. 法院对于选民名单意见的起诉应在选举日以前作出判决

答案：D

解析：本题考核选举制度。选项 A 错误。《选举法》第 26 条规定，选民登记按选区进行，经登记确认的选民资格长期有效。选项 B 错误。《选举法》第 27 条规定，选民名单应在选举日的二十日以前公布，实行凭选民证参加投票选举的，并应当发给选民证。选项 C 错误，选项 D 正确。《选举法》第 28 条规定，对于公布的选民名单有不同意见的，可以向选举委员会提出申诉。选举委员会对申诉意见，应在三日内作出处理决定。申诉人如果对处理决定不服，可以在选举日的五日以前向人民法院起诉，人民法院应在选举日以前作出判决。人民法院的判决为最后决定。

### 重点法条

第二十九条 全国和地方各级人民代表大会的代表候选人，按选区或者选举单位提名产生。

各政党、各人民团体，可以联合或者单独推荐代表候选人。选民或者代表，十人以上联名，也可以推荐代表候选人。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍代表候选人的情况。接受推荐的代表候选人应当向选举委员会或者大会主席团如实提供个人身份、简历等情况。

各政党、各人民团体联名或者单独推荐的代表候选人的数额，每一选民或者代表参加联名推荐的代表候选人的数额，均不得超过本选区或者选举单位应选代表的名额。

### 法条精解

本条规定代表候选人的产生。有权推荐代表候选人的有：

- (1) 各政党；
- (2) 各人民团体；
- (3) 选民或代表 10 人以上联名。

### 真题示例

(2003 - 1 - 44) 我国选举法规定，由选民直接选举的人大代表候选人，由下列哪些方式提名推荐？

- A. 选民 10 人以上联名推荐
- B. 各政党、各人民团体单独提名推荐
- C. 人民代表 5 人以上联名推荐



D. 各政党、各人民团体联合提名推荐

**答案：ABD**

**解析：**依《选举法》第29条，各政党、各人民团体，可以联合或者单独推荐代表候选人。选民或者代表，十人以上联名，也可以推荐代表候选人。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍代表候选人的情况。所以正确选项为ABD。

### 重点法条

**第三十条** 全国和地方各级人民代表大会代表实行差额选举，代表候选人的名额应多于应选代表的名额。

由选民直接选举的代表候选人名额，应多于应选代表名额三分之一至一倍；由地方各级人民代表大会选举上一级人民代表大会代表候选人的名额，应多于应选代表名额五分之一至二分之一。

**第三十二条** 县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人不限于各该级人民代表大会的代表。

#### 【关联法条】

#### 《选举法》

**第三十一条** 由选民直接选举的人民代表大会代表候选人，由各选区选民和各政党、各人民团体提名推荐。选举委员会汇总后，在选举日的十五日以前公布，并交各该选区的选民小组讨论、协商，确定正式代表候选人名单。如果所提候选人的人数超过本法第三十条规定的最高差额比例，由选举委员会交各该选区的选民小组讨论、协商，根据较多数选民的意见，确定正式代表候选人名单；对正式代表候选人不能形成较为一致意见的，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，确定正式代表候选人名单。正式代表候选人名单应当在选举日的五日以前公布。

县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，提名、酝酿代表候选人的时间不得少于两天。各该级人民代表大会主席团将依法提出的代表候选人名单及代表候选人的基本情况印发全体代表，由全体代表酝酿、讨论。如果所提候选人的人数符合本法第三十条规定的差额比例，直接进行投票选举。如果所提候选人的人数超过本法第三十条规定的最高差额比例，进行预选，根据预选时得票多少的顺序，按照本级人民代表大会的选举办法根据本法确定的具体差额比例，确定正式代表候选人名单，进行投票选举。

### 法条精解

1. 无论直接选举，还是间接选举，均实行差额选举制（第30条第1款）。
2. 了解直接选举与间接选举的差额比例（第30条第2款）。
3. 注意间接选举的代表候选人资格（第32条）不限于本级人大代表。
4. 了解代表候选人名单的公布日期及预选程序（第31条）。

### 重点法条

**第三十五条** 在选民直接选举人民代表大会的代表时，选民根据选举委员会的规定，凭身份证或者选民证领取选票。

**第三十六条** 选举委员会应当根据各选区选民分布状况，按照方便选民投票的原则设立投票站，进行选举；选民居住比较集中的，可以召开选举大会，进行选举；老弱病残或者居住分散并且交通不便的选民，可以在流动票箱投票。投票选举由选举委员会主持。

**第三十七条** 县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，由各该级人民代表大会主席团主持。

#### 【关联法条】

#### 《选举法》

**第三十八条** 全国和地方各级人民代表大会代表的选举，一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处。

选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的，可以委托他信任的人代写。

**第三十九条** 选举人对于代表候选人可以投赞成票，可以投反对票，可以另选其他任何选民，也可以



弃权。

第四十条 选民如果在选举期间外出，经选举委员会同意，可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过三人，并应当按照委托人的意愿代为投票。

法条精解

- 以上几个条文应注意：
1. 务必掌握直接选举与间接选举的主持者。
  2. 直接选举与间接选举均采用无记名制。
  3. 投票种类（第 37 条）：
    - (1) 赞成；
    - (2) 反对；
    - (3) 另选其他选民；
    - (4) 弃权。
  4. 委托投票（第 38 条）与代写选票（第 36 条第 2 款）的区别（见下表）。委托投票须经选举委员会同意，不同于代写选票。

	委托人	受托人	事由	方式	批准
委托代写	文盲或残疾	不限于选民	不能书写	可口头	无须批准
委托投票	无要求	选民，不得超过 3 人	选举期间外出	须书面	选委会同意

真题示例

（2005 - 1 - 61）选民王某，35 岁，外出打工期间本村进行乡人民代表的选举。王因路途遥远和工作繁忙不能回村参加选举，于是打电话嘱咐 14 岁的儿子帮他投本村李叔 1 票。根据上述情形，下列哪些说法是正确的？

A. 王某仅以电话通知受托人的方式，尚不能发生有效的委托投票授权  
B. 王某必须同时以电话通知受托人和村民委员会，才能发生有效的委托投票授权  
C. 王某以电话委托他人投票，必须征得选举委员会的同意  
D. 王某不能电话委托儿子投票，因为儿子还没有选举权

答案：AD

解析：根据《选举法》第 40 条的规定，选民如果在选举期间外出，经选举委员会同意，可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过三人。本案中，王某电话委托投票是不合法的，应以书面形式委托，而且王某的儿子年仅 14 周岁，没有选举权，不能作为选民。据此，选项 AD 正确。

重点法条

第四十二条 每次选举所投的票数，多于投票人数的无效，等于或者少于投票人数的有效。

每一选票所选的人数，多于规定应选代表人数的作废，等于或者少于规定应选代表人数的有效。

第四十三条 在选民直接选举人民代表大会代表时，选区全体选民的过半数参加投票，选举有效。代表候选人获得参加投票的选民过半数的选票时，始得当选。县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票时，始得当选。

获得过半数选票的代表候选人的人数超过应选代表名额时，以得票多的当选。如遇票数相等不能确定当选人时，应当就票数相等的候选人再次投票，以得票多的当选。

获得过半数选票的当选代表的人数少于应选代表的名额时，不足的名额另行选举。另行选举时，根据在第一次投票时得票多少的顺序，按照本法第三十条规定的差额比例，确定候选人名单。如果只选一人，候选人应为二人。

依照前款规定另行选举县级和乡级的人民代表大会代表时，代表候选人以得票多的当选，但是得票数不得少于选票的三分之一；县级以上的地方各级人民代表大会在另行选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票，始得当选。

1. 重点掌握无效投票与作废投票情形。选举有效的条件是：选举所投的票数等于或少于投票人数，至少有过半数选民过半数参加投票。选票有效的条件：每一票所选的人数等于或少于规定的应选代表人数。

2. 掌握当选代表所需票数（选区全体选民或全体代表之过半数）。须注意的是在直接选举中，只有在选区全体选民的过半数参加投票时，选举方为有效。所以，对某人是否当选，首先应认定该选举是否有效，然后再看其得票数。

3. 在直接选举中，代表候选人获得参加投票的选民过半数投票时始得当选。注意，过半数不等同于 $1/2$ 以上，前者要求高于半数，后者可以包括半数。

4. 另行选举县级以下人大代表时，当选者所得票数必须不少于选票的 $1/3$ ，县级以上地方人大另行选举上一级人大代表时，当选者所得票数仍然须获得全体代表过半数的选票。换句话说，在直接选举中，另行选举时当选所需票数降低了，而在间接选举中没有降低。

### 真题示例

（2004-1-11）某选区选举地方人民代表，代表名额2人，第一次投票结果，候选人按得票多少排序为甲、乙、丙、丁，其中仅甲获得过半数选票。对此情况的下列处理意见哪一项符合法律的规定？

- A. 宣布甲、乙当选
- B. 宣布甲当选，同时以乙为候选人另行选举
- C. 宣布甲当选，同时以乙、丙为候选人另行选举
- D. 宣布无人当选，以甲、乙、丙为候选人另行选举

答案：C

解析：根据《选举法》第43条规定，正确答案为C。

### 重点法条

第四十六条 全国和地方各级人民代表大会的代表，受选民和原选举单位的监督。选民或者选举单位都有权罢免自己选出的代表。

第四十七条第一款 对于县级的人民代表大会代表，原选区选民五十人以上联名，对于乡级的人民代表大会代表，原选区选民三十人以上联名，可以向县级的人民代表大会常务委员会书面提出罢免要求。

第四十八条 县级以上的地方各级人民代表大会举行会议的时候，主席团或者十分之一以上代表联名，可以提出对由该级人民代表大会选出的上一级人民代表大会代表的罢免案。在人民代表大会闭会期间，县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会主任会议或者常务委员会五分之一以上组成人员联名，可以向常务委员会提出对由该级人民代表大会选出的上一级人民代表大会代表的罢免案。罢免案应当写明罢免理由。

县级以上的地方各级人民代表大会举行会议的时候，被提出罢免的代表有权在主席团会议和大会全体会议上提出申辩意见，或者书面提出申辩意见，由主席团印发会议。罢免案经会议审议后，由主席团提请全体会议表决。

县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会举行会议的时候，被提出罢免的代表有权在主任会议和常务委员会全体会议上提出申辩意见，或者书面提出申辩意见，由主任会议印发会议。罢免案经会议审议后，由主任会议提请全体会议表决。

第五十条 罢免县级和乡级的人民代表大会代表，须经原选区过半数的选民通过。

罢免由县级以上的地方各级人民代表大会选出的代表，须经各该级人民代表大会过半数的代表通过；在代表大会闭会期间，须经常务委员会组成人员的过半数通过。罢免的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案、公告。

#### 【关联法条】

#### 《选举法》

第五十一条 县级以上的各级人民代表大会常务委员会组成人员，全国人民代表大会和省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会专门委员会成员的代表职务被罢免的，其常务委员会组成人员或者专门委员会成员的职务相应撤销，由主席团或者常务委员会予以公告。





乡、民族乡、镇的人民代表大会议主席、副主席的代表职务被罢免的，其主席、副主席的职务相应撤销，由主席团予以公告。

### 《宪法》

第一百零四条 县级以上地方各级人民代表大会常务委会员讨论、决定本行政区域内各方面工作的重大事项；监督本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作；撤销本级人民政府的不适当的决定和命令；撤销下一级人民代表大会的不适当的决议；依照法律规定的权限决定国家机关工作人员的任免；在本级人民代表大会闭会期间，罢免和补选上一级人民代表大会的个别代表。

### 法条精解

1. 选民和选举单位对选出的代表有监督权，但是由选民而非选举单位罢免县级和乡级人大代表。直接选举中罢免会议由县级人大常委会派有关负责人主持，而罢免由间接选举产生的人大代表时，由选举该代表的下一级人大或常委会而非本级人大或常委会罢免。

2. 注意对县级人大代表的罢免，需 50 名以上原选区选民联名；对乡级人大代表的罢免，需 30 名以上原选区选民联名。

3. 对间接选举出的人大代表的罢免：①人大开会时由主席团或 1/10 以上代表联名；②人大闭会时由县级以上人大常委会主任会议或常委会 1/5 以上组成人员联名。

4. 罢免乡级和县级人大代表，须经过原选区全体选民的过半数通过，而不是参加罢免会议选民的过半数。

5. 由于县级以上各级人大常委会组成人员，地区级以上人大的专门委员会成员，乡级人大主席、副主席须是本级人大代表，因此，在罢免其代表职务后，这些职务也随之终止。

### 真题示例

（四川 2008 - 1 - 64）《选举法》以专章规定了对代表的监督、罢免和补选的措施。关于代表的罢免，下列哪些选项符合《选举法》的规定？

- A. 罢免直接选举产生的代表须经原选区过半数的选民通过
- B. 罢免直接选举产生的代表，须将决议报送上一级人大常委会备案
- C. 罢免间接选举产生的代表须经原选举单位过半数的代表通过
- D. 罢免间接选举产生的代表，在代表大会闭会期间，须经常委会成员 2/3 多数通过

答案：AC

解析：县、自治县、不设区的市、市辖区、乡、民族乡、镇的人大代表由选民直接选举产生。《选举法》第 50 条第 1 款规定，罢免县级和乡级的人民代表大会代表，须经原选区过半数的选民通过。因此，A 项说法正确，B 项说法错误。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人大代表由下一级人大选举产生，是间接选举。同时，《选举法》第 50 条第 2 款规定，罢免由县级以上地方各级人民代表大会选出的代表，须经各该级人民代表大会过半数的代表通过；在代表大会闭会期间，须经常务委员会组成人员的过半数通过。罢免的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案。因此，C 项说法正确，D 项说法错误。

### 重点法条

第五十二条 全国人民代表大会代表，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会议代表，可以向选举他的人民代表大会的常务委员会书面提出辞职。县级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会常务委员会书面提出辞职，乡级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会书面提出辞职。

第五十四条 代表在任期内，因故出缺，由原选区或者原选举单位补选。地方各级人民代表大会代表在任期内调离或者迁出本行政区域的，其代表资格自行终止，缺额另行补选。

县级以上的地方各级人民代表大会闭会期间，可以由本级人民代表大会常务委员会补选上一级人民代表大会代表。

补选出缺的代表时，代表候选人的名额可以多于应选代表的名额，也可以同应选代表的名额相等。补选的具体办法，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会规定。





## 法条精解

1. 以上两条规定了代表的辞职和补选，必须了解其程序。
2. 代表资格终止与暂时停止执行代表职务不同，前者要进行补选，后者不补选。直接选举产生的人大代表由原选举该代表的选区选民补选，间接选举产生的人大代表由下一级人大或下一级人大常委会补选。

# 《全国人大组织法》

## 重点法条

第一条 全国人民代表大会会议，依照中华人民共和国宪法的有关规定召集。

每届全国人民代表大会第一次会议，在本届全国人民代表大会代表选举完成后的两个月内由上届全国人民代表大会常务委员召集。

## 法条精解

1. 全国人大会议原则上每年召开一次。
2. 注意每届全国人大第一次会议的召开时间。
3. 注意每届全国人大第一次会议的召集人。

## 真题示例

(2000-1-10) 每届全国人民代表大会第一次会议，由下列哪个机构召集？

- A. 本届全国人民代表大会主席团                      B. 本届全国人民代表大会常委会  
C. 上届全国人民代表大会主席团                      D. 上届全国人民代表大会常委会

答案：D。

解析：根据《全国人大组织法》第1条规定，应选D项。根据《全国人大组织法》第6条规定，选项A错误。

## 重点法条

第五条 全国人民代表大会每次会议举行预备会议，选举本次会议的主席团和秘书长，通过本次会议的议程和其他准备事项的决定。

预备会议由全国人民代表大会常务委员会主持。每届全国人民代表大会第一次会议的预备会议，由上届全国人民代表大会常务委员会主持。

第六条 主席团主持全国人民代表大会会议。

主席团互推若干人轮流担任会议的执行主席。

主席团推选常务主席若干人，召集并主持主席团会议。

## 法条精解

1. 重点注意第5条第2款与第6条第1款之区别：预备会议的主持人是全国人大常委会，全国人大会议的主持人是主席团。
2. 了解主席团的召集及主持人，即主席团互推若干人轮流担任会议的执行主席，并且推选常务主席若干人，召集并主持主席团会议。

## 真题示例

(四川 2008-1-61) 根据《全国人大组织法》的规定，下列哪些选项是错误的？

- A. 全国人民代表大会每次会议举行预备会议，选举本次会议的主席团和秘书长，通过本次会议的议程和其他准备事项的决定  
B. 会议主席团设常务主席若干人，轮流担任会议执行主席



- C. 30 名以上的代表，就可以就国家生活和国计民生的任何问题，向全国人民代表大会提出议案
- D. 向全国人民代表大会提出的议案，在交付大会表决前，提案人要求撤回的，由大会主席团审议决定是否终止审议

答案：BCD。

解析：根据《全国人大组织法》第 5 条第 1 款规定，A 项表述是正确的，不应当选。根据《全国人大组织法》第 6 条规定，B 项表述中会议主席团设常务主席若干人是正确的，而轮流担任会议的执行主席的是主席团互推出来的人员。所以 B 项的表述是错误的，应当选。30 名以上的代表可以提出一般议案，但无权提出宪法修正案，因而 C 项是错误的，应当选。根据《全国人大组织法》第 11 条规定，D 项表述有误，应当选。

## 重点法条

第八条 国务院的组成人员，中央军事委员会的组成人员，最高人民法院院长和最高人民检察院检察长，列席全国人民代表大会会议；其他有关机关、团体的负责人，经主席团决定，可以列席全国人民代表大会会议。

第九条 全国人民代表大会主席团，全国人民代表大会常务委员会，全国人民代表大会各专门委员会，国务院，中央军事委员会，最高人民法院，最高人民检察院，可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定交各代表团审议，或者并交有关的专门委员会审议、提出报告，再由主席团审议决定提交大会表决。

第十条 一个代表团或者三十名以上的代表，可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案，由主席团决定是否列入大会议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入大会议程的意见，再决定是否列入大会议程。

第十三条 全国人民代表大会常务委员会委员长、副委员长、秘书长、委员的人选，中华人民共和国主席、副主席的人选，中央军事委员会主席的人选，最高人民法院院长和最高人民检察院检察长的人选，由主席团提名，经各代表团酝酿协商后，再由主席团根据多数代表的意见确定正式候选人名单。

第十五条 全国人民代表大会三个以上的代表团或者十分之一以上的代表，可以提出对于全国人民代表大会常务委员会的组成人员，中华人民共和国主席、副主席，国务院和中央军事委员会的组成人员，最高人民法院院长和最高人民检察院检察长的罢免案，由主席团提请大会审议。

第十六条 在全国人民代表大会会议期间，一个代表团或者三十名以上的代表，可以书面提出对国务院和国务院各部、各委员会的质询案，由主席团决定交受质询机关书面答复，或者由受质询机关的领导人在主席团会议上或者有关的专门委员会会议上或者有关的代表团会议上口头答复。在主席团会议或者专门委员会会议上答复的，提质询案的代表团团长或者提质询案的代表可以列席会议，发表意见。

## 法条精解

1. 以上 5 个条文的重点在于，“主席团”在各种情形下的不同职权。
2. 注意有权提出议案的主体共有 9 个（第 9 条、第 10 条），特别注意第 10 条规定的两个主体，常为司法考试考及。
3. 注意第 15 条提出罢免案的主体有两个：①三个以上代表团；② 1/10 以上的代表。
4. 注意第 15 条罢免的人员范围。
5. 第 16 条中，注意提出质询案的主体有两个：①一个代表团；②30 名以上代表。

## 真题示例

（2009-1-20）根据《全国人大组织法》规定，下列关于全国人大代表团的哪一说法是正确的？

- A. 代表团团长、副团长由各代表团全体成员选举产生
- B. 两个代表团以上可以向全国人大提出属于全国人大职权范围内的议案
- C. 三个以上的代表团可以提出对于全国人大常委会的组成人员，国家主席、副主席，国务院和中央军事委员会的组成人员，最高人民法院院长和最高人民检察院检察长的罢免案
- D. 一个代表团和三十名以上的代表可以联合提出对国务院及其各部、各委员会的质询案

答案：C。



**解析：**本题考查全国人民代表大会代表。根据《全国人大组织法》第4条规定，选项A错误。根据《全国人大组织法》第10条规定，选项B错误。根据《全国人大组织法》第15条规定，选项C正确。根据《全国人大组织法》第16条规定，选项D错误。

### 重点法条

第十八条 全国人民代表大会会议进行选举和通过议案，由主席团决定采用无记名投票方式或者举手表决方式或者其他方式。

第二十条 全国人民代表大会会议公开举行；在必要的时候，经主席团和各代表团团长会议决定，可以举行秘密会议。

### 法条精解

1. 注意全国人大会议的表决方式由主席团决定，且并非一律采取无记名投票方式。
2. 全国人大会议原则上应公开举行。
3. 了解举行秘密会议的决定主体。

### 重点法条

第二十三条 全国人民代表大会常务委员会由下列人员组成：

委员长，  
副委员长若干人，  
秘书长，  
委员若干人。

常务委员会的组成人员由全国人民代表大会从代表中选出。

常务委员会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务；如果担任上述职务，必须向常务委员会辞去常务委员会的职务。

第二十四条 常务委员会委员长主持常务委员会会议和常务委员会的工作。副委员长、秘书长协助委员长工作。副委员长受委员长的委托，可以代行委员长的部分职权。

委员长因为健康情况不能工作或者缺位的时候，由常务委员会在副委员长中推选一人代理委员长的职务，直到委员长恢复健康或者全国人民代表大会选出新的委员长为止。

### 法条精解

1. 全国人大常委会的组成人员有4类，包括秘书长。
2. 全国人大常委会组成人员应是全国人大代表。
3. 特别注意第23条第3款的任职限制，应注意此处的国家机关不仅仅指中央机关，也包括地方国家机关。
4. 注意委员长的代理规则（第24条第2款）。

### 重点法条

第二十九条 常务委员会会议由委员长召集，一般两个月举行一次。

第三十条 常务委员会举行会议的时候，可以由各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会派主任或者副主任一人列席会议，发表意见。

第三十一条 常务委员会审议的法律案和其他议案，由常务委员会以全体组成人员的过半数通过。

### 法条精解

了解以上两个条文关于全国人大常委会会议规则的规定。应注意：

1. 常委会会议召集人。
2. 会议召开时间。
3. 注意第31条的审议规则：①全体组成人员；②过半数。



## 重点法条

第三十二条 全国人民代表大会各专门委员会，国务院，中央军事委员会，最高人民法院，最高人民检察院，可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案，由委员长会议决定提请常务委员会会议审议，或者先交有关的专门委员会审议、提出报告，再提请常务委员会会议审议。

常务委员会组成人员十人以上可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案，由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议，或者先交有关的专门委员会审议、提出报告，再决定是否提请常务委员会会议审议。

第三十三条 在常务委员会会议期间，常务委员会组成人员十人以上，可以向常务委员会书面提出对国务院和国务院各部、各委员会的质询案，由委员长会议决定交受质询机关书面答复，或者由受质询机关的领导人在常务委员会会议上或者有关的专门委员会会议上口头答复。在专门委员会会议上答复的，提质询案的常务委员会组成人员可以出席会议，发表意见。

## 法条精解

重点掌握：

1. 向全国人大常委会提出议案的主体有哪些。
2. 向全国人大常委会提出质询案的主体有哪些。

## 重点法条

第三十七条 各专门委员会的工作如下：

（一）审议全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会交付的议案；

（二）向全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会提出属于全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会职权范围内同本委员会有关的议案；

（三）审议全国人民代表大会常务委员会交付的被认为同宪法、法律相抵触的国务院的行政法规、决定和命令，国务院各部、各委员会的命令、指示和规章、省、自治区、直辖市的人民代表大会和它的常务委员会的地方性法规和决议，以及省、自治区、直辖市的人民政府的决定、命令和规章，提出报告；

（四）审议全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会交付的质询案，听取受质询机关对质询案的答复，必要的时候向全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会提出报告；

（五）对属于全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会职权范围内同本委员会有关的问题，进行调查研究，提出建议。

民族委员会还可以对加强民族团结问题进行调查研究，提出建议；审议自治区报请全国人民代表大会常务委员会批准的自治区的自治条例和单行条例，向全国人民代表大会常务委员会提出报告。

法律委员会统一审议向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出的法律草案；其他专门委员会就有关的法律草案向法律委员会提出意见。

## 法条精解

1. 可大概了解第37条第1款下第1~5项所列的各专门委员会的工作职责。
2. 具体了解第2款民族委员会的两项具体职责。
3. 具体了解第3款法律委员会的两项具体职责。

## 重点法条

第三十九条 全国人民代表大会代表每届任期五年，从每届全国人民代表大会举行第一次会议开始，到下届全国人民代表大会举行第一次会议为止。

第四十条 全国人民代表大会代表必须模范地遵守宪法和法律，保守国家秘密，并且在自己参加的生产、工作和社会活动中，协助宪法和法律的实施。

第四十一条 全国人民代表大会代表应当同原选举单位和人民保持密切联系，可以列席原选举单位的人民代表大会会议，听取和反映人民的意见和要求，努力为人民服务。

第四十三条 全国人民代表大会代表、全国人民代表大会常务委员会的组成人员，在全国人民代表大



会和全国人民代表大会常务委员会各种会议上的发言和表决，不受法律追究。

**第四十四条** 全国人民代表大会代表非经全国人民代表大会主席团许可，在全国人民代表大会闭会期间非经全国人民代表大会常务委员会许可，不受逮捕或者刑事审判。

全国人民代表大会代表如果因为现行犯被拘留，执行拘留的公安机关应当立即向全国人民代表大会主席团或者全国人民代表大会常务委员会报告。

#### 【关联法条】

##### 《宪法》

**第七十四条** 全国人民代表大会代表，非经全国人民代表大会会议主席团许可，在全国人民代表大会闭会期间非经全国人民代表大会常务委员会许可，不受逮捕或者刑事审判。

**第七十五条** 全国人民代表大会代表在全国人民代表大会各种会议上的发言和表决，不受法律追究。

#### 法条精解

1. 掌握全国人大代表的任期及起止时间。

2. 对第43条的言论免责权，应注意：

(1) 权利主体有二：全国人大代表与全国人大常委会组成人员；

(2) 对象是在全国人大及其常委会各种会议上的发言和表决。

3. 重点掌握第44条：

(1) 在闭会期间和开会期间人大代表受逮捕或刑事审判的许可机关不同（第1款）；

(2) 第2款规定的对人大代表执行拘留并不须事前经全国人大主席团或常委会批准或许可，而是事后报告。

#### 真题示例

1. (2005-1-12) 人民代表应当出席本级人民代表大会会议，依法行使代表的职权。根据《人大代表法》的规定，下列哪一种说法是正确的？

A. 未经批准两次不出席本级人民代表大会会议的代表，终止代表资格

B. 因刑事案件被羁押正在受侦查、起诉、审判的代表，终止代表资格

C. 因违法受劳动教养处分一年以上的代表，暂时停止代表资格

D. 因故一年内不能出席本级人民代表大会会议的代表，暂时停止代表资格

**答案：A。**

**解析：**根据《人大代表法》第41条第3项，选项A正确。根据《人大代表法》第40条第1款第1项，选项B的情形是暂时停止执行代表职务，而非代表资格终止。选项C、D的情形不属于该法第40条列举的暂时停止执行代表职务的情形，错误。

2. (2003-1-87) 黄某系全国人大代表，因正常履行职务受到诬陷，被某市公安局刑事拘留。根据我国宪法和法律，下列何种表述是正确的？

A. 该公安机关无权拘留黄某，除非得到全国人大会议主席团的许可

B. 该公安机关无权拘留黄某，除非得到全国人大常委会的许可

C. 该公安机关有权拘留黄某，但须立即向全国人大会议主席团或者全国人大常委会报告

D. 该公安机关有权拘留黄某，但须立即向最高人民检察院报告

**答案：C。**

**解析：**根据《全国人大组织法》第44条第2款规定，C选项是正确的。根据《宪法》第74条规定，只有逮捕和刑事审判才需要事先获得许可。

#### 重点法条

**第四十五条** 全国人民代表大会代表受原选举单位的监督。原选举单位有权罢免自己选出的代表。

罢免全国人民代表大会代表，须经原选举单位以全体代表的过半数通过。

省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会在本级人民代表大会闭会期间，经全体组成人员的过半数通过，可以罢免本级人民代表大会选出的个别全国人民代表大会代表。

被罢免的代表可以出席上述会议或者书面申诉意见。





罢免代表的决议，须报全国人民代表大会常务委员会备案。

## 法条精解

1. 全国人大代表的罢免须经原选举单位全体代表的过半数通过；
2. 省级人大常委会也有权罢免个别全国人大代表。

# 《地方组织法》

## 重点法条

第九条 乡、民族乡、镇的人民代表大会有下列职权：

- (一) 在本行政区域内，保证宪法、法律、行政法规和上级人民代表大会及其常务委员会决议的遵守和执行；
  - (二) 在职权范围内通过和发布决议；
  - (三) 根据国家计划，决定本行政区域内的经济、文化事业和公共事业的建设计划；
  - (四) 审查和批准本行政区域内的财政预算和预算执行情况的报告；
  - (五) 决定本行政区域内的民政工作的实施计划；
  - (六) 选举本级人民代表大会主席、副主席；
  - (七) 选举乡长、副乡长，镇长、副镇长；
  - (八) 听取和审查乡、民族乡、镇的人民政府的工作报告；
  - (九) 撤销乡、民族乡、镇的人民政府的不适当的决定和命令；
  - (十) 保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，维护社会秩序，保障公民的人身权利、民主权利和其他权利；
  - (十一) 保护各种经济组织的合法权益；
  - (十二) 保障少数民族的权利；
  - (十三) 保障宪法和法律赋予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利。
- 少数民族聚居的乡、民族乡、镇的人民代表大会有在行使职权的时候，应当采取适合民族特点的具体措施。

## 法条精解

1. 注意乡镇人民代表大会行使权力的种类，要比较它与县级以上人民代表大会的区别。
2. 注意民族乡镇人民代表大会所享有的特权。

## 真题示例

(2007-1-19) 依照法律规定的权限，民族乡的人民代表大会有下列哪一行为？

- A. 制定自治条例和单行条例
- B. 制定具有民族特点的政府规章
- C. 自行确定经济社会发展政策
- D. 采取适合民族特点的具体措施

答案：D。

解析：根据《地方组织法》第9条第2款规定，少数民族聚居的乡、民族乡、镇的人民代表大会有在行使职权的时候，应当采取适合民族特点的具体措施。所以D项正确。

## 重点法条

第十条 地方各级人民代表大会有权罢免本级人民政府的组成人员。县级以上的地方各级人民代表大会有权罢免本级人民代表大会常务委员会的组成人员和由它选出的人民法院院长、人民检察院检察长。罢免人民检察院检察长，须报经上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。

## 法条精解

1. 地方各级人民代表大会对本级人民政府组成人员拥有罢免权。
2. 注意被罢免人员仅包括本级人民代表大会常务委员会的组成人员、由它选举产生的人民法院院长、人民检察院检察长。





3. 罢免人民检察院检察长,须报经上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。

### 真题示例

(四川 2008-1-94) 根据我国有关法律规定,下列做法错误的是:

- A. 某县共有人大代表 500 名,经其中的 101 名代表提议,临时召集本级人民代表大会会议
- B. 某直辖市人大常委会依法罢免该市某一失职的中级法院院长
- C. 全国人大常委会撤销同法律相抵触的地方性法规
- D. 全国人民代表大会专门委员会认为地方性法规同法律相抵触,向制定机关提出书面审查意见

答案: B。

解析: 根据《地方组织法》第 11 条第 2 款规定, A 项中, 提议的代表为 101 人, 已经超过了全部人大代表人数 500 人的 1/5, A 项表述正确, 不应选。根据《地方组织法》第 10 条规定, B 项表述错误, 应选。根据《宪法》第 67 条第 8 项规定, C 项表述正确, 不应选。根据《立法法》第 91 条的规定, D 项表述正确, 不应选。综上, 本题应当选 B 项。

### 重点法条

第十一条 地方各级人民代表大会会议每年至少举行一次。

经过五分之一以上代表提议, 可以临时召集本级人民代表大会会议。

第十二条 县级以上的地方各级人民代表大会会议由本级人民代表大会常务委员会召集。

第十三条 县级以上的地方各级人民代表大会每次会议举行预备会议, 选举本次会议的主席团和秘书长, 通过本次会议的议程和其他准备事项的决定。

预备会议由本级人民代表大会常务委员会主持。每届人民代表大会第一次会议的预备会议, 由上届本级人民代表大会常务委员会主持。

县级以上的地方各级人民代表大会举行会议的时候, 由主席团主持会议。

县级以上的地方各级人民代表大会会议设副秘书长若干人; 副秘书长的人选由主席团决定。

### 法条精解

- 1. 地方各级人民代表大会会议每年至少举行一次。
- 2. 注意县级以上人民代表大会的召集程序及主持人。

### 真题示例

(2006-1-61) 根据我国《宪法》和法律的规定, 下列关于地方各级人民代表大会会议的哪些说法是正确的?

- A. 地方各级人民代表大会每次会议举行预备会议, 预备会议由本级人民代表大会常委会主持
- B. 乡、民族乡、镇的人民代表大会举行会议时, 选举主席团。乡、民族乡、镇的人民代表大会的主席、副主席为主席团成员
- C. 地方各级人民代表大会每届第一次会议, 由上届本级人民代表大会常务委员会或者乡、民族乡、镇的上届人民代表大会主席团主持
- D. 地方各级人民代表大会会议每年至少举行一次

答案: BD。

解析: 根据《地方组织法》第 13 条规定, 不是所有地方各级人民代表大会都举行预备会议, 也并不是都由本级人民代表大会常委会主持。A 项错误。根据《地方组织法》第 15 条规定, B 项正确。根据《地方组织法》第 16 条规定, C 项错误。根据《地方组织法》第 11 条规定, D 正确。由此可知, 本题答案为 BD。

### 重点法条

第三十条 省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民代表大会根据需要, 可以设法制(政法)委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会等专门委员会。各专门委员会受本级人民代表大会领导; 在大会闭会期间, 受本级人民代表大会常务委员会领导。

各专门委员会的主任委员、副主任委员和委员的人选, 由主席团在代表中提名, 大会通过。在大会闭



各专门委员会在本级人民代表大会及其常务委员会领导下，研究、审议和拟订有关议案；对属于本级人民代表大会及其常务委员会职权范围内同本委员会有关的问题，进行调查研究，提出建议。

1. 注意各级人民代表大会的常备组成单位及其人员产生程序。
2. 人民政府的派出机构设立的批准制度，各级并不相同。

(2005-1-57) 根据我国宪法和有关法律的规定,我国县级人民代表大会或人民政府可以设立哪些机构?

- A. 专门委员会  
B. 特定问题的调查委员会  
C. 审计机关  
D. 区公所

**解析：**根据《地方组织法》第 30 条第 1 款、第 31 条第 1 款、第 64 条第 2 款和第 68 条第 2 款的规定，不选选项 A，应选 BCD。

第十四条 乡、民族乡、镇的人民代表大会设主席，并可以设副主席一人至二人。主席、副主席由本级人民代表大会从代表中选出，任期同本级人民代表大会每届任期相同。

乡、民族乡、镇的人民代表大会主席、副主席不得担任国家行政机关的职务；如果担任国家行政机关的职务，必须向本级人民代表大会辞去主席、副主席的职务。

乡、民族乡、镇的人民代表大会主席、副主席在本级人民代表大会闭会期间负责联系本级人民代表大会代表，组织代表开展活动，并反映代表和群众对本级人民政府工作的建议、批评和意见。

第十五条 乡、民族乡、镇的人民代表大会举行会议的时候，选举主席团。由主席团主持会议，并负责召集下一次的本级人民代表大会会议。乡、民族乡、镇的人民代表大会主席、副主席为主席团的成员。

第十六条 地方各级人民代表大会每届第一次会议，在本届人民代表大会代表选举完成后的两个月内，由上届本级人民代表大会常务委员会或者乡、民族乡、镇的上次人民代表大会主席团召集。

第十七条 县级以上的地方各级人民政府组成人员和人民法院院长、人民检察院检察长，乡级的人民政府领导人员，列席本级人民代表大会会议；县级以上的其他有关机关、团体负责人，经本级人民代表大会常务委员会决定，可以列席本级人民代表大会会议。

1. 准确记忆乡镇人大主席及副主席的选举基础及任期。
2. 乡镇人大主席及副主席不得兼任行政机关职务。

(2009 - 1 - 93) 根据《地方组织法》规定，关于乡镇人大主席，下列选项正确的是：

- A. 乡镇人大主席、副主席由乡镇人大从本级人大代表中选出
- B. 乡镇人大主席、副主席主持乡镇人大会议
- C. 乡镇人大主席在乡镇人大闭会期间，可以担任国家行政机关的职务
- D. 乡镇人大主席、副主席为乡镇人大会议主席团成员

**解析：**本题考查乡镇人大主席的相关规定。根据《地方组织法》第14条第1款规定，选项A正确。根据《地方组织法》第15条规定，选项B错误，选项D正确。根据《地方组织法》第14条第2款规定，选项C错误。

## 重点法条

第六十四条 地方各级人民政府根据工作需要和精干的原则，设立必要的工作部门。

县级以上地方各级人民政府设立审计机关。地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权，对本级人民政府和上一级审计机关负责。

省、自治区、直辖市的人民政府的厅、局、委员会等工作部门的设立、增加、减少或者合并，由本级人民政府报请国务院批准，并报本级人民代表大会常务委员会备案。

自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府的局、科等工作部门的设立、增加、减少或者合并，由本级人民政府报请上一级人民政府批准，并报本级人民代表大会常务委员会备案。

第六十五条 各厅、局、委员会、科分别设厅长、局长、主任、科长，在必要的时候可以设副职。

办公厅、办公室设主任，在必要的时候可以设副主任。

省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民政府设秘书长一人，副秘书长若干人。

第六十六条 省、自治区、直辖市的人民政府的各工作部门受人民政府统一领导，并且依照法律或者行政法规的规定受国务院主管部门的业务指导或者领导。

自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府的各工作部门受人民政府统一领导，并且依照法律或者行政法规的规定受上级人民政府主管部门的业务指导或者领导。

第六十七条 省、自治区、直辖市、自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府应当协助设立在本行政区域内不属于自己管理的国家机关、企业、事业单位进行工作，并且监督它们遵守和执行法律和政策。

第六十八条 省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关。

县、自治县的人民政府在必要的时候，经省、自治区、直辖市的人民政府批准，可以设立若干区公所，作为它的派出机关。

市辖区、不设区的市的人民政府，经上一级人民政府批准，可以设立若干街道办事处，作为它的派出机关。

## 法条精解

1. 审计机关对本级人民政府和上一级审计机关负责。
2. 注意理清县政府与各部门之间的关系。

## 真题示例

(2009-1-94) 根据《地方组织法》规定，关于地方各级人民政府工作部门的设立，下列选项正确的是：

- A. 县人民政府设立审计机关
- B. 县人民政府工作部门的设立、增加、减少或者合并由县人大批准，并报上一级人民政府备案
- C. 县人民政府在必要时，经上级人民政府批准，可以设立若干区公所作为派出机关
- D. 县人民政府的工作部门受县人民政府统一领导，并且依照法律或者行政法规的规定受上级人民政府主管部门的业务指导或者领导

答案：AD。

解析：本题考查地方各级人民政府工作部门的设立。根据《地方组织法》第64条第2款规定，选项A正确。根据《地方组织法》第64条第4款规定，选项B错误。根据《地方组织法》第68条第2款规定，选项C错误。根据《地方组织法》第66条第2款规定，选项D正确。

## 《国务院组织法》

## 重点法条

第二条 国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。国务院实行总理负责制。总理领导国务院的工作。副总理、国务委员协理总理工作。





第六条 国务委员受总理委托，负责某些方面的工作或者专项任务，并且可以代表国务院进行外事活动。

第七条 国务院秘书长在总理领导下，负责处理国务院的日常工作。

国务院设副秘书长若干人，协助秘书长工作。

国务院设立办公厅，由秘书长领导。

第八条 国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并，经总理提出，由全国人民代表大会决定；在全国人民代表大会闭会期间，由全国人民代表大会常务委员会决定。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第八十六条 国务院由下列人员组成：

总理，

副总理若干人，

国务委员若干人，

各部部长，

各委员会主任，

审计长，

秘书长。

国务院实行总理负责制。各部、各委员会实行部长、主任负责制。

国务院的组织由法律规定。

第八十七条 国务院每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。

总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。

第八十九条 国务院行使下列职权：

（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；

（二）向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；

（三）规定各部和各委员会的任务和职责，统一领导各部和各委员会的工作，并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作；

（四）统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分；

（五）编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算；

（六）领导和管理经济工作和城乡建设；

（七）领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作；

（八）领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作；

（九）管理对外事务，同外国缔结条约和协定；

（十）领导和管理国防建设事业；

（十一）领导和管理民族事务，保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利；

（十二）保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益；

（十三）改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章；

（十四）改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令；

（十五）批准省、自治区、直辖市的区域划分，批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分；

（十六）依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态；

（十七）审定行政机构的编制，依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员；

（十八）全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。

### 法条精解

1. 务必掌握第2条：国务院的组成人员（第2条第1款）。
2. 国务院实行首长负责制（第2条第2款及第5条）。
3. 了解国务委员和秘书长的设置和职权（第6、7条）。
4. 注意国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并程序（第8条）。

## 真题示例

(2002-1-88) 根据宪法和法律, 下列有关国家机构职权的表述中哪些是错误的?

- A. 全国人民代表大会无权决定设立国务院各部、各委员会
- B. 国务院有权决定自治州的设立
- C. 自治区人民代表大会委员会有权决定民族乡的设立
- D. 全国人民代表大会常委会有权决定大赦

答案: ACD。

解析: 本题考查全国人大及其常委会、自治区人大常委会及国务院的职权。根据《国务院组织法》第8条规定, A选项是错误的。根据《宪法》第89条规定, B的表述是正确的。根据《宪法》第107条第3款规定, C的表述是错误的。根据《宪法》第67条规定, D的表述也是错误的。

## 重点法条

第四条 国务院会议分为国务院全体会议和国务院常务会议。国务院全体会议由国务院全体成员组成。国务院常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长组成。总理召集和主持国务院全体会议和国务院常务会议。国务院工作中的重大问题, 必须经国务院常务会议或者国务院全体会议讨论决定。

### 【关联法条】

#### 《宪法》

第八十八条 总理领导国务院的工作。副总理、国务委员协助总理工作。

总理、副总理、国务委员、秘书长组成国务院常务会议。

总理召集和主持国务院常务会议和国务院全体会议。

## 法条精解

1. 务必掌握国务院全体会议与常务会议的组成。
2. 国务院会议的召集与主持人为何。

## 重点法条

第八条 国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并, 经总理提出, 由全国人民代表大会决定; 在全国人民代表大会闭会期间, 由全国人民代表大会常务委员会决定。

### 【关联法条】

#### 《国务院组织法》

第九条 各部设部长一人, 副部长二至四人。各委员会设主任一人, 副主任二至四人, 委员五至十人。

各部、各委员会实行部长、主任负责制。各部部长、各委员会主任领导本部门的工作, 召集和主持部务会议或者委员会会议、委务会议, 签署上报国务院的重要请示、报告和下达的命令、指示。副部长、副主任协助部长、主任工作。

#### 《宪法》

第九十条 国务院各部部长、各委员会主任负责本部门的工作; 召集和主持部务会议或者委员会会议、委务会议, 讨论决定本部门工作的重大问题。

各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令, 在本部门的权限内, 发布命令、指示和规章。

## 法条精解

1. 注意国务院各部、委的设立、撤销、合并应由谁决定。
2. 了解第9条第2款规定的部长、主任负责制。

## 重点法条

第十一条 国务院可以根据工作需要和精简的原则, 设立若干直属机构主管各项专门业务, 设立若干办事机构协助总理办理专门事项。每个机构设负责人二至五人。





注意国务院各部、委与工作机构的区别。所谓国务院的工作机构，又称国务院的办公和办事机构，不具有对外行政管理职能，在通常情况下不具有行政主体资格，如国务院侨办、台办、港澳办、法制办、办公厅等。

国务院直属机构则不同于办事机构，直属机构具有对外行政管理权限，如国务院税务总局、国家工商局、民航总局等。但在法律地位上，直属机构要低于国务院各部、委。

### 真题示例

(2002-1-69) 关于行政机关和机构的设立，下列哪些说法是不正确的？

- A. 经国务院批准，省人民政府可以设立行政公署
- B. 经市公安局批准，县公安局可以设立派出所
- C. 经全国人大常委会批准，国务院可以设立直属机构
- D. 经市人民政府批准，县人民政府可以设立区公所

答案：CD。

解析：根据《地方组织法》第68条规定，A项正确，D项错误。根据行政法的有关内容，派出所是公安局的派出机构，它的设立由县级以上各级人民政府职能部门依法设立。据此B项的表述是正确的，不当选。根据《国务院组织法》第11条规定，国务院不需经其他机关批准即可设立直属机构，C项错误。

## 《监督法》

### 重点法条

第十五条 国务院应当在每年六月，将上一年度的中央决算草案提请全国人民代表大会常务委员会审查和批准。

县级以上地方各级人民政府应当在每年六月至九月期间，将上一年度的本级决算草案提请本级人民代表大会常务委员会审查和批准。

决算草案应当按照本级人民代表大会批准的预算所列科目编制，按预算数、调整数或者变更数以及实际执行数分别列出，并作出说明。

第十六条 国务院和县级以上地方各级人民政府应当在每年六月至九月期间，向本级人民代表大会常务委员会报告本年度上一阶段国民经济和社会发展计划、预算的执行情况。

第十七条 国民经济和社会发展计划、预算经人民代表大会批准后，在执行过程中需要作部分调整的，国务院和县级以上地方各级人民政府应当将调整方案提请本级人民代表大会常务委员会审查和批准。

严格控制不同预算科目之间的资金调整。预算安排的农业、教育、科技、文化、卫生、社会保障等资金需要调减的，国务院和县级以上地方各级人民政府应当提请本级人民代表大会常务委员会审查和批准。

国务院和县级以上地方各级人民政府有关主管部门应当在本级人民代表大会常务委员会举行会议审查和批准预算调整方案的一个月前，将预算调整初步方案送交本级人民代表大会财政经济委员会进行初步审查，或者送交常务委员会有关工作机构征求意见。

第十八条 常务委员会对决算草案和预算执行情况报告，重点审查下列内容：

- (一) 预算收支平衡情况；
- (二) 重点支出的安排和资金到位情况；
- (三) 预算超收收入的安排和使用情况；
- (四) 部门预算制度建立和执行情况；
- (五) 向下级财政转移支付情况；
- (六) 本级人民代表大会关于批准预算的决议的执行情况。

除前款规定外，全国人民代表大会常务委员会还应当重点审查国债余额情况；县级以上地方各级人民代表大会常务委员会还应当重点审查上级财政补助资金的安排和使用情况。



## 法条精解

1. 注意人民代表大会常务委员会接受审查的时间是6月到9月。
2. 注意方案执行过程中的调整需要提请审查和批准。
3. 注意记忆第18条第1款中所列的审查内容。
4. 全国人民代表大会常务委员会对国债余额情况应当重点审查。

## 真题示例

(2008-1-93) 各级人民代表大会常务委员会有权审查和批准决算、听取预算的执行情况报告。根据《宪法》和《监督法》的规定，下列表述正确的是：

- A. 县级以上地方各级人民政府应当在每年六月至九月期间，将上一年度的本级决算草案提请本级人大常委会审查和批准
- B. 国务院应当在每年六月至九月期间向全国人大常委会报告本年度上一阶段预算的执行情况
- C. 预算安排的农业、教育、科技、文化、卫生、社会保障等资金需要调减的，国务院和县级以上地方各级人民政府应当提请本级人大常委会审查和批准
- D. 上级财政补助资金的安排和使用情况，是地方各级人大常委会对决算草案和预算执行情况重点审查的内容之一

答案：ABCD。

解析：根据《监督法》第15条第2款规定，A项说法正确。根据《监督法》第16条规定，B项说法正确。根据《监督法》第17条第2款规定，C项说法正确。根据《监督法》第18条规定，D项说法正确。

## 重点法条

第三十九条 各级人民代表大会常务委员会对属于其职权范围内的事项，需要作出决议、决定，但有关重大事实不清的，可以组织关于特定问题的调查委员会。

第四十条 委员长会议或者主任会议可以向本级人民代表大会常务委员会提议组织关于特定问题的调查委员会，提请常务委员会审议。

五分之一以上常务委员会组成人员书面联名，可以向本级人民代表大会常务委员会提议组织关于特定问题的调查委员会，由委员长会议或者主任会议决定提请常务委员会审议，或者先交有关的专门委员会审议、提出报告，再决定提请常务委员会审议。

第四十一条 调查委员会由主任委员、副主任委员和委员组成，由委员长会议或者主任会议在本级人民代表大会常务委员会组成人员和本级人民代表大会代表中提名，提请常务委员会审议通过。调查委员会可以聘请有关专家参加调查工作。

与调查的问题有利害关系的常务委员会组成人员和其他人员不得参加调查委员会。

第四十二条 调查委员会进行调查时，有关的国家机关、社会团体、企业事业组织和公民都有义务向其提供必要的材料。

提供材料的公民要求对材料来源保密的，调查委员会应当予以保密。

调查委员会在调查过程中，可以不公布调查的情况和材料。

第四十三条 调查委员会应当向产生它的常务委员会提出调查报告。常务委员会根据报告，可以作出相应的决议、决定。

## 法条精解

1. 注意申请组织调查委员会的主体是委员长会议或者主任会议、1/5以上常务委员会组成人员。
2. 调查委员会在执行调查工作中所拥有的权限。

## 真题示例

(2008-1-18) 根据《监督法》的规定，各级人大常务委员会对属于其职权范围内的事项，需要作出决议、决定，但对有关重大事实不清的，可以组织特定问题的调查委员会。关于特定问题的调查委员会，下列哪一选项是正确的？



A. 经五分之一以上常务委员会组成人员书面联名提议或有关专门委员会提议，可以组织关于特定问题的调查委员会

B. 经调查委员会聘请，有关专家可以作为调查委员会的委员参加调查工作

C. 调查委员会在调查过程中，可以不公布调查的情况和材料

D. 调查委员会应当向有关专门委员会提出调查报告

答案：C。

解析：根据《监督法》第40条第2款规定，A错误。根据《监督法》第41条规定可知，调查委员会可以聘请专家参加调查，但是该专家不是以调查委员会委员的身份参加。故B错误。根据《监督法》第42条第3款规定，C是正确的。根据《监督法》第43条规定，不是专门委员会，故D错误。

## 《村委会组织法》

### 重点法条

第八条 村民委员会根据村民居住状况、人口多少，按照便于群众自治的原则设立。

村民委员会的设立、撤销、范围调整，由乡、民族乡、镇的人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民政府批准。

第九条 村民委员会由主任、副主任和委员共三至七人组成。

村民委员会成员中，妇女应当有适当的名额，多民族村民居住的村应当有少数民族的成员。村民委员会成员不脱离生产，根据情况，可以给予适当补贴。

第十条 村民委员会可以按照村民居住状况分设若干村民小组，小组长由村民小组会议推选。

第十一条 村民委员会主任、副主任和委员，由村民直接选举产生。任何组织或者个人不得指定、委派或者撤换村民委员会成员。

村民委员会每届任期三年，届满应当及时举行换届选举。村民委员会成员可以连选连任。

### 【关联法条】

#### 《村委会组织法》

第十二条 年满十八周岁的村民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是，依照法律被剥夺政治权利的人除外。

有选举权和被选举权的村民名单，应当在选举日的二十日以前公布。

第十三条 村民委员会的选举，由村民选举委员会主持。村民选举委员会成员由村民会议或者各村民小组推选产生。

第十四条 选举村民委员会，由本村有选举权的村民直接提名候选人。候选人的名额应当多于应选名额。

选举村民委员会，有选举权的村民的过半数投票，选举有效；候选人获得参加投票的村民的过半数的选票，始得当选。

选举实行无记名投票、公开计票的方法，选举结果应当当场公布。选举时，设立秘密写票处。

具体选举办法由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会规定。

### 法条精解

1. 村民委员会的设立、撤销、范围调整，由乡、民族乡、镇的人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民政府批准。

2. 注意村民委员会的构成及人数，即由主任、副主任和委员共3至7人组成。

3. 村民委员会主任、副主任和委员都是直接选举产生，而非任命。

4. 村民委员会的选举程序：过半数投票，选举有效；候选人获得参加投票的村民的过半数的选票，始得当选；实行无记名投票、公开计票的方法，选举结果应当当场公布。

### 真题示例

(2008-1-15) 根据我国《村委会组织法》的规定，关于村民委员会的范围调整，下列哪一选项是正



确的？

- A. 由村民委员会主任提出，经村民会议讨论同意后，报乡级人民政府批准
- B. 由村民委员会主任提出，经村民会议讨论同意后，报乡级人民代表大会批准
- C. 由乡级人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民政府批准
- D. 由乡级人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民代表大会批准

答案：C。

解析：根据《村委会组织法》第8条第2款规定，村民委员会的设立、撤销、范围调整，由乡、民族乡、镇的人民政府提出，经村民会议讨论同意后，报县级人民政府批准。所以本题选C。

### 重点法条

第十六条 本村五分之一以上有选举权的村民联名，可以要求罢免村民委员会成员。罢免要求应当提出罢免理由。被提出罢免的村民委员会成员有权提出申辩意见。村民委员会应当及时召开村民会议，投票表决罢免要求。罢免村民委员会成员须经有选举权的村民过半数通过。

第十七条 村民会议由本村十八周岁以上的村民组成。

召开村民会议，应当有本村十八周岁以上村民的过半数参加，或者有本村三分之二以上的户的代表参加，所作决定应当经到会人员的过半数通过。必要的时候，可以邀请驻在本村的企业、事业单位和群众组织派代表列席村民会议。

### 法条精解

1. 本村 1/5 以上有选举权的村民联名，可以要求罢免村民委员会成员。
2. 村民委员会成员被罢免后的救济途径，有权提出申辩意见。
3. 罢免村民委员会成员需要村民过半数投票通过。
4. 村民会议由本村 18 周岁以上的村民组成，而村民会议召开有本村 18 周岁以上村民的过半数参加，或者有本村 2/3 以上的户的代表参加。
5. 村民会议的决定需要到会人员的过半数通过才是有效的。

### 真题示例

（2000-1-9）某村有年满 18 周岁以上村民 500 人，其中有 100 名村民联名提出罢免村委会主任。经村民会议投票表决，下列选项中哪个是罢免被通过的最低人数要求？

- A. 125 人同意
- B. 126 人同意
- C. 250 人同意
- D. 251 人同意

答案：D。

解析：根据《村委会组织法》第 16 条规定，过半数不包括半数在内，在本题中 500 人的过半数应为最少 251 人，C 项中 250 人正好为半数，没有过半数，不选。A、B 都没过半数，不选。

### 重点法条

第十八条 村民委员会向村民会议负责并报告工作。村民会议每年审议村民委员会的工作报告，并评议村民委员会成员的工作。

村民会议由村民委员会召集。有十分之一以上的村民提议，应当召集村民会议。

第十九条 涉及村民利益的下列事项，村民委员会必须提请村民会议讨论决定，方可办理：

- （一）乡统筹的收缴方法，村提留的收缴及使用；
- （二）本村享受误工补贴的人数及补贴标准；
- （三）从村集体经济所得收益的使用；
- （四）村办学校、村建道路等村公益事业的经费筹集方案；
- （五）村集体经济项目的立项、承包方案及村公益事业的建设承包方案；
- （六）村民的承包经营方案；
- （七）宅基地的使用方案；
- （八）村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项。



第二十条 村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。

村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表讨论决定的事项不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。

### 【关联法条】

#### 《村委会组织法》

第二十二条 村民委员会实行村务公开制度。

村民委员会应当及时公布下列事项，其中涉及财务的事项至少每六个月公布一次，接受村民的监督：

- (一) 本法第十九条规定的由村民会议讨论决定的事项及其实施情况；
- (二) 国家计划生育政策的落实方案；
- (三) 救灾救济款物的发放情况；
- (四) 水电费的收缴以及涉及本村村民利益、村民普遍关心的其他事项。

村民委员会应当保证公布内容的真实性，并接受村民的查询。

村民委员会不及时公布应当公布的事项或者公布的事项不真实的，村民有权向乡、民族乡、镇人民政府或者县级人民政府及其有关主管部门反映，有关政府机关应当负责调查核实，责令公布；经查证确有违法行为的，有关人员应当依法承担责任。

第二十三条 村民委员会及其成员应当遵守宪法、法律、法规和国家的政策，办事公道，廉洁奉公，热心为村民服务。

### 法条精解

1. 注意村民委员会的职权，可以制定和修改村民自治章程、村规民约，而只需报乡、民族乡、镇的人民政府备案。
2. 村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表讨论决定的事项需受宪法、法律、法规和国家政策的限制，即不得与其相抵触。
3. 准确记忆涉及村民利益的事项，村民委员会必须提请村民会议讨论决定的情形。
4. 村民会议的召开程序：有 1/10 以上的村民提议就必须召开。村民委员会只是村民会议的常设机关。
5. 村民委员会实行村务公开制度，应准确记忆村务公开的具体情形。
6. 注意第 23 条村民委员会应履行的义务性规定。

### 真题示例

(2007 - 1 - 18) 根据村民委员会组织法的规定，有关村规民约的下列哪一选项是正确的？

- A. 村民委员会有权制定村规民约，报乡、民族乡、镇的人民政府批准生效
- B. 村民会议有权制定村规民约，报乡、民族乡、镇的人民代表大会备案
- C. 村规民约由村民会议制定，报乡、民族乡、镇的人民政府备案
- D. 村规民约由村民委员会制定，报乡、民族乡、镇的人民政府备案

答案：C。

解析：根据《村委会组织法》第 20 条规定，村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。所以 C 是正确的。

## 《民族区域自治法》

### 重点法条

第十九条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。

第二十条 上级国家机关的决议、决定、命令和指示，如有不适合民族自治地方实际情况的，自治机关可以报经该上级国家机关批准，变通执行或者停止执行；该上级国家机关应当在收到报告之日起六十日





内给予答复。

### 法条精解

1. 享有自治条例、单行条例的制定权的主体是民族自治地方的人民代表大会，即自治区、自治州、自治县的人民代表大会。

2. 注意自治区与自治州、自治县的自治条例和单行条例的报请批准程序是不一样的。

### 真题示例

(2005 - 1 - 14) 根据《民族区域自治法》的规定，下列哪一机关不享有自治条例、单行条例的制定权？

- A. 自治区人民代表大会
- B. 自治州人民代表大会
- C. 自治县人民代表大会
- D. 辖区内有自治州、自治县的省人民代表大会

答案：D。

解析：根据《民族区域自治法》第19条，享有自治条例、单行条例的制定权的机关是民族自治地方的人民代表大会，即自治区、自治州、自治县的人民代表大会。因此，选项D无权。

### 重点法条

第三十二条 民族自治地方的财政是一级财政，是国家财政的组成部分。

民族自治地方的自治机关有管理地方财政的自治权。凡是依照国家财政体制属于民族自治地方的财政收入，都应当由民族自治地方的自治机关自主地安排使用。

民族自治地方在全国统一的财政体制下，通过国家实行的规范的财政转移支付制度，享受上级财政的照顾。

民族自治地方的财政预算支出，按照国家规定，设机动资金，预备费在预算中所占比例高于一般地区。

民族自治地方的自治机关在执行财政预算过程中，自行安排使用收入的超收和支出的节余资金。

第三十三条 民族自治地方的自治机关对本地方的各项开支标准、定员、定额，根据国家规定的原则，结合本地方的实际情况，可以制定补充规定和具体办法。自治区制定的补充规定和具体办法，报国务院备案；自治州、自治县制定的补充规定和具体办法，须报省、自治区、直辖市人民政府批准。

### 法条精解

- 1. 民族自治地方的财政是国家财政的组成部分。
- 2. 准确记忆民族自治地方的财政优惠待遇。
- 3. 民族自治地方制定财政的补充规定和具体办法所应遵循的程序。

### 真题示例

(2009 - 1 - 63) 关于民族自治地方财政的说法，下列哪些选项符合《民族区域自治法》规定？

- A. 国家财政体制下属于民族自治地方的财政收入，由自治机关自主地安排使用
- B. 民族自治地方的财政预算支出，按国家规定设机动资金，但预备费在预算中不得高于一般地区
- C. 自治机关对本地方的各项开支标准、定员、定额，按照国家规定的原则，结合本地方的实际情况，可以制定补充规定和具体办法，并须分别报国务院、省、自治区、直辖市批准
- D. 民族自治地方在全国统一的财政体制下，通过国家实行的规范的财政转移支付制度，享受上级财政的照顾

答案：AD。

解析：本题考核民族自治地方的自治权。根据《民族区域自治法》第32条第2款规定，选项A正确。根据《民族区域自治法》第32条第4款规定，选项B错误。根据《民族区域自治法》第33条规定，选项C错误。根据《民族区域自治法》第32条第3款规定，选项D正确。



# 《香港基本法》

## 重点法条

第二条 全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。

第十三条 中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务。

中华人民共和国外交部在香港设立机构处理外交事务。

中央人民政府授权香港特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务。

### 【关联法条】

#### 《澳门基本法》

第二条 中华人民共和国全国人民代表大会授权澳门特别行政区依照本法的规定实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。

第十三条 中央人民政府负责管理与澳门特别行政区有关的外交事务。

中华人民共和国外交部在澳门设立机构处理外交事务。

中央人民政府授权澳门特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务。

## 法条精解

1. 香港特别行政区与澳门特别行政区都拥有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。
2. 中央人民政府授权香港特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务。

## 真题示例

(2000-1-49) 我国香港、澳门特别行政区实行高度自治，下列选项哪些是高度自治所包括的内容？

- A. 立法权
- B. 行政管理权
- C. 独立的司法权和终审权
- D. 外交权

答案：ABC。

解析：本题考核特别行政区自治的内容。根据《香港基本法》第2条和《澳门基本法》第2条规定，选项A、B、C正确。根据《香港基本法》第13条和《澳门基本法》第13条规定，特别行政区虽然可以自行处理一些对外事务，但并不享有外交权，其处理对外事务的范围必须遵照中央人民政府的授权，其外交事务应由中央人民政府负责管理。所以不选D。

## 重点法条

第十七条 香港特别行政区享有立法权。

香港特别行政区的立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案。备案不影响该法律的生效。

全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会后，如认为香港特别行政区立法机关制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款，可将有关法律发回，但不作修改。经全国人民代表大会常务委员会发回的法律立即失效。该法律的失效，除香港特别行政区的法律另有规定外，无溯及力。

### 【关联法条】

#### 《香港基本法》

第十九条 香港特别行政区享有独立的司法权和终审权。

香港特别行政区法院除继续保持香港原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制外，对香港特别行政区所有的案件均有审判权。

香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题，应取得行政长官就该等问题发出的证明文件，上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前，须取得中央人民政府的证明书。



## 《澳门基本法》

第十七条 澳门特别行政区享有立法权。

澳门特别行政区的立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案。备案不影响该法律的生效。

全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的澳门特别行政区基本法委员会的意见后，如认为澳门特别行政区立法机关制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和澳门特别行政区关系的条款，可将有关法律发回，但不作修改。经全国人民代表大会常务委员会发回的法律立即失效。该法律的失效，除澳门特别行政区的法律另有规定外，无溯及力。

### 法条精解

1. 香港特别行政区与澳门特别行政区有关立法权的规定是一样的。
2. 香港特别行政区的立法机关制定的法律，只需报请全国人民代表大会常务委员会备案，而非审批。
3. 全国人民代表大会常务委员会认定香港特别行政区制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款，可将有关法律发回，但不作修改。发回的法律立即失效，但一般不具有溯及力。
4. 除立法权外，香港特别行政区还拥有司法权和终审权。

### 真题示例

(2004-1-9) 根据香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法，下列有关特别行政区立法权的表述哪一项是不正确的？

- A. 特别行政区立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案。备案不影响该法律的生效
- B. 全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的特别行政区基本法委员会的意见后，如认为特别行政区立法机关制定的法律不符合基本法关于中央管理的事务及中央和特别行政区关系的条款，可以将该法律发回，但不作修改
- C. 经全国人民代表大会常务委员会发回的特别行政区的法律立即失效
- D. 经全国人民代表大会常务委员会发回的特别行政区的法律一律具有溯及力

答案：D。

解析：根据《香港基本法》第17条和《澳门基本法》第17条规定，D不正确。

### 重点法条

第二十五条 香港居民在法律面前一律平等。

第二十六条 香港特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权。

第二十七条 香港居民享有言论、新闻、出版的自由，结社、集会、游行、示威的自由，组织和参加工会、罢工的权利和自由。

第二十八条 香港居民的人身自由不受侵犯。

香港居民不受任意或非法逮捕、拘留、监禁。禁止任意或非法搜查居民的身体、剥夺或限制居民的人身自由。禁止对居民施行酷刑、任意或非法剥夺居民的生命。

第二十九条 香港居民的住宅和其他房屋不受侵犯。禁止任意或非法搜查、侵入居民的住宅和其他房屋。

第三十条 香港居民的通讯自由和通讯秘密受法律的保护。除因公共安全和追查刑事犯罪的需要，由有关机关依照法律程序对通讯进行检查外，任何部门或个人不得以任何理由侵犯居民的通讯自由和通讯秘密。

第三十一条 香港居民有在香港特别行政区境内迁徙的自由，有移居其他国家和地区的自由。香港居民有旅行和出入境的自由。有效旅行证件的持有人，除非受到法律制止，可自由离开香港特别行政区，无需特别批准。

第三十二条 香港居民有信仰的自由。

香港居民有宗教信仰的自由，有公开传教和举行、参加宗教活动的自由。

### 【关联法条】

#### 《香港基本法》

第三十三条 香港居民有选择职业的自由。





第三十四条 香港居民有进行学术研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。

第三十五条 香港居民有权得到秘密法律咨询、向法院提起诉讼、选择律师及时保护自己的合法权益或在法庭上为其代理和获得司法补救。

香港居民有权对行政部门和行政人员的行为向法院提起诉讼。

第三十六条 香港居民有依法享受社会福利的权利。劳工的福利待遇和退休保障受法律保护。

第三十七条 香港居民的婚姻自由和自愿生育的权利受法律保护。

### 法条精解

1. 香港居民拥有选举权和被选举权的仅限于香港特别行政区永久性居民。
2. 香港居民有宗教信仰的自由，有公开传教和举行、参加宗教活动的自由。
3. 香港居民有在香港特别行政区境内迁徙的自由，有移居其他国家和地区的自由。香港居民有旅行和出入境的自由。

### 真题示例

(2004 - 1 - 55) 依据《香港特别行政区基本法》的有关规定，香港居民享有下列哪些自由？

- |                  |            |
|------------------|------------|
| A. 言论、新闻、出版自由    | B. 通讯自由    |
| C. 移居其他国家和出入境的自由 | D. 公开传教的自由 |

答案：ABCD。

解析：本题 ABC 三项显然正确，令考生迷惑的是 D 项。部分考生可能一眼就把 D 项排除，这其实是大错特错。《香港基本法》第 32 条明确规定：香港居民有信仰的自由。香港居民有宗教信仰的自由，有公开传教和举行、参加宗教活动的自由。因此，本题 ABCD 都正确。

### 重点法条

第四十三条 香港特别行政区行政长官是香港特别行政区的首长，代表香港特别行政区。

香港特别行政区行政长官依照本法的规定对中央人民政府和香港特别行政区负责。

第四十四条 香港特别行政区行政长官由年满四十周岁，在香港通常居住连续满二十年并在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民担任。

第四十五条 香港特别行政区行政长官在当地通过选举或协商产生，由中央人民政府任命。

行政长官的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定，最终达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标。

第四十六条 香港特别行政区行政长官任期五年，可连任一次。

第六十一条 香港特别行政区的主要官员由在香港通常居住连续满十五年并在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民担任。

第六十七条 香港特别行政区立法会由在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民组成。但非中国籍的香港特别行政区永久性居民和在外国有居留权的香港特别行政区永久性居民也可以当选为香港特别行政区立法会议员，其所占比例不得超过立法会全体议员的百分之二十。

### 法条精解

1. 注意香港特别行政区的行政部门与立法会组成人员的资格要求。
2. 香港特别行政区行政长官任期 5 年，可连任一次。
3. 非中国籍香港特别行政区永久性居民和在外国有居留权的香港特别行政区永久性居民当选立法会议员的限制，即不得超过 20%。

### 真题示例

(2008 - 1 - 16) 香港特别行政区的下列哪一项职务可由特区非永久性居民担任？

- |          |           |
|----------|-----------|
| A. 行政长官  | B. 政府主要官员 |
| C. 立法会议员 | D. 法院法官   |

答案：D。

**解析：**根据《香港基本法》第44条规定，A项错误。根据《香港基本法》第61条规定，B项错误。根据《香港基本法》第67条规定，C项错误。根据《香港基本法》第88条规定，选项D正确。

### 重点法条

**第四十九条** 香港特别行政区行政长官如认为立法会通过的法案不符合香港特别行政区的整体利益，可在三个月内将法案发回立法会重议，立法会如以不少于全体议员三分之二多数再次通过原案，行政长官必须在一个月内签署公布或按本法第五十条的规定处理。

**第五十条** 香港特别行政区行政长官如拒绝签署立法会再次通过的法案或立法会拒绝通过政府提出的财政预算案或其他重要法案，经协商仍不能取得一致意见，行政长官可解散立法会。

行政长官在解散立法会前，须征询行政会议的意见。行政长官在其一任任期内只能解散立法会一次。

**第五十一条** 香港特别行政区立法会如拒绝批准政府提出的财政预算案，行政长官可向立法会申请临时拨款。如果由于立法会已被解散而不能批准拨款，行政长官可在选出新的立法会前的一段时期内，按上一财政年度的开支标准，批准临时短期拨款。

#### 【关联法条】

#### 《香港基本法》

**第五十二条** 香港特别行政区行政长官如有下列情况之一者必须辞职：

（一）因严重疾病或其他原因无力履行职务；

（二）因两次拒绝签署立法会通过的法案而解散立法会，重选的立法会仍以全体议员三分之二多数通过所争议的原案，而行政长官仍拒绝签署；

（三）因立法会拒绝通过财政预算案或其他重要法案而解散立法会，重选的立法会继续拒绝通过所争议的原案。

### 法条精解

1. 香港特别行政区行政长官对立法会通过的法案有否决权，这一规定类似于美国总统对国会权力的限制。

2. 香港特别行政区立法会如拒绝批准政府提出的财政预算案，行政长官可向立法会申请临时拨款。

3. 准确记忆香港特别行政区行政长官必须辞职的情形。

### 真题示例

（2007-1-61）根据香港特别行政区基本法的规定，下列哪些选项是正确的？

A. 香港特别行政区行政长官如认为立法会通过的法案不符合香港特别行政区的整体利益，可在3个月内将法案发回立法会重议

B. 如果立法会拒绝通过政府提出的财政预算案或其他重要法案，香港特别行政区行政长官在征询行政会议的意见之后可解散立法会

C. 因立法会拒绝通过财政预算案或其他重要法案而解散立法会，重选的立法会继续拒绝通过所争议的原案，香港特别行政区行政长官必须辞职

D. 香港特别行政区行政长官因两次拒绝签署立法会通过的法案而解散立法会后，重选的立法会仍通过原法案，行政长官与立法会协商不成的，行政长官有权再次解散立法会

**答案：**ABC。

**解析：**根据《香港基本法》第49条规定，A正确。根据《香港基本法》第50条规定，B正确。根据《香港基本法》第52条关于行政长官必须辞职的情形规定可知，C正确，D错误。

### 重点法条

**第八十五条** 香港特别行政区法院独立进行审判，不受任何干涉，司法人员履行审判职责的行为不受法律追究。

**第八十六条** 原在香港实行的陪审制度的原则予以保留。

**第八十七条** 香港特别行政区的刑事诉讼和民事诉讼中保留原在香港适用的原则和当事人享有的权利。任何人在被合法拘捕后，享有尽早接受司法机关公正审判的权利，未经司法机关判罪之前均假定无罪。





第八十八条 香港特别行政区法院的法官，根据当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会推荐，由行政长官任命。

第八十九条 香港特别行政区法院的法官只有在无力履行职责或行为不检的情况下，行政长官才可根  
据终审法院首席法官任命的不少于三名当地法官组成的审议庭的建议，予以免职。

香港特别行政区终审法院的首席法官只有在无力履行职责或行为不检的情况下，行政长官才可任命不  
少于五名当地法官组成的审议庭进行审议，并可根据其建议，依照本法规定的程序，予以免职。

第九十条 香港特别行政区终审法院和高等法院的首席法官，应由在外国无居留权的香港特别行政区  
永久性居民中的中国公民担任。

除本法第八十八条和第八十九条规定的程序外，香港特别行政区终审法院的法官和高等法院首席法官  
的任命或免职，还须由行政长官征得立法会同意，并报全国人民代表大会常务委员会备案。

第九十一条 香港特别行政区法官以外的其他司法人员原有的任免制度继续保持。

### 【关联法条】

#### 《澳门基本法》

第八十七条 澳门特别行政区各级法院的法官，根据当地法官、律师和知名人士组成的独立委员会的  
推荐，由行政长官任命。法官的选用以其专业资格为标准，符合标准的外籍法官也可聘用。

法官只有在无力履行其职责或行为与其所任职务不相称的情况下，行政长官才可根  
据终审法院院长任命的不少于三名当地法官组成的审议庭的建议，予以免职。

终审法院法官的免职由行政长官根据澳门特别行政区立法会议员组成的审议委员会的建议决定。

终审法院法官的任命和免职须报全国人民代表大会常务委员会备案。

第八十八条 澳门特别行政区各级法院的院长由行政长官从法官中选任。

终审法院院长由澳门特别行政区永久性居民中的中国公民担任。

终审法院院长的任命和免职须报全国人民代表大会常务委员会备案。

第八十九条 澳门特别行政区法官依法进行审判，不听从任何命令或指示，但本法第十九条第三款规  
定的情况除外。

法官履行审判职责的行为不受法律追究。

法官在任职期间，不得兼任其他公职或任何私人职务，也不得在政治性团体中担任任何职务。

第九十条 澳门特别行政区检察院独立行使法律赋予的检察职能，不受任何干涉。

澳门特别行政区检察长由澳门特别行政区永久性居民中的中国公民担任，由行政长官提名，报中央人  
民政府任命。

检察官经检察长提名，由行政长官任命。

检察院的组织、职权和运作由法律规定。

### 法条精解

1. 注意香港特别行政区与澳门特别行政区在司法人员任命上的区别，特别是澳门特别行政区的检察  
制度。
2. 香港特别行政区终审法院和高等法院的首席法官，应由在外国无居留权的香港特别行政区永久性居  
民中的中国公民担任。
3. 香港特别行政区法院的法官，根据当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会推荐，  
由行政长官任命，并不需要行政长官的同意。

### 真题示例

(2007-1-20) 根据香港、澳门特别行政区基本法的规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 香港特别行政区终审法院和高等法院的法官，应由在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中  
的中国公民担任
- B. 香港特别行政区的法官，根据当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会推荐，由行  
政长官征得立法会同意后任命，并报全国人民代表大会常务委员会备案
- C. 澳门特别行政区检察长由澳门特别行政区永久性居民中的中国公民担任，由行政长官提名，报中央  
人民政府任命



D. 澳门特别行政区设立行政法院。行政法院是管辖行政诉讼和税务诉讼的法院。不服行政法院裁决者,可向终审法院上诉

答案:C。

解析:根据《香港基本法》第90条规定。A项错误。根据《香港基本法》第88条规定,B项错误。根据《澳门基本法》第90条第2款规定,C项正确。根据《澳门基本法》第86条规定,D项错误。

## 重点法条

第一百五十条 香港特别行政区政府的代表,可作为中华人民共和国政府代表团的成员,参加由中央人民政府进行的同香港特别行政区直接有关的外交谈判。

第一百五十一条 香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以“中国香港”的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。

第一百五十二条 对以国家为单位参加的、同香港特别行政区有关的、适当领域的国际组织和国际会议,香港特别行政区政府可派遣代表作为中华人民共和国代表团的成员或以中央人民政府和上述有关国际组织或国际会议允许的身份参加,并以“中国香港”的名义发表意见。

香港特别行政区可以“中国香港”的名义参加不以国家为单位参加的国际组织和国际会议。

对中华人民共和国已参加而香港也以某种形式参加了的国际组织,中央人民政府将采取必要措施使香港特别行政区以适当形式继续保持在这些组织中的地位。

对中华人民共和国尚未参加而香港已以某种形式参加的国际组织,中央人民政府将根据需要使香港特别行政区以适当形式继续参加这些组织。

第一百五十三条 中华人民共和国缔结的国际协议,中央人民政府可根据香港特别行政区的情况和需要,在征询香港特别行政区政府的意见后,决定是否适用于香港特别行政区。

中华人民共和国尚未参加但已适用于香港的国际协议仍可继续适用。中央人民政府根据需要授权或协助香港特别行政区政府作出适当安排,使其他有关国际协议适用于香港特别行政区。

第一百五十四条 中央人民政府授权香港特别行政区政府依照法律给持有香港特别行政区永久性居民身份证的中国公民签发中华人民共和国香港特别行政区护照,给在香港特别行政区的其他合法居留者签发中华人民共和国香港特别行政区的其他旅行证件。上述护照和证件,前往各国和各地区有效,并载明持有人有返回香港特别行政区的权利。

对世界各国或各地区的人入境、逗留和离境,香港特别行政区政府可实行出入境管制。

### 【关联法条】

#### 《澳门基本法》

第一百三十五条 澳门特别行政区政府的代表,可作为中华人民共和国政府代表团的成员,参加由中央人民政府进行的同澳门特别行政区直接有关的外交谈判。

第一百三十六条 澳门特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等适当领域以“中国澳门”的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。

第一百三十七条 对以国家为单位参加的、同澳门特别行政区有关的、适当领域的国际组织和国际会议,澳门特别行政区政府可派遣代表作为中华人民共和国代表团的成员或以中央人民政府和上述有关国际组织或国际会议允许的身份参加,并以“中国澳门”的名义发表意见。

澳门特别行政区可以“中国澳门”的名义参加不以国家为单位参加的国际组织和国际会议。

对中华人民共和国已参加而澳门也以某种形式参加的国际组织,中央人民政府将根据情况和澳门特别行政区的需要采取措施,使澳门特别行政区以适当形式继续保持在这些组织中的地位。

对中华人民共和国尚未参加而澳门已以某种形式参加的国际组织,中央人民政府将根据情况和需要使澳门特别行政区以适当形式继续参加这些组织。

第一百三十八条 中华人民共和国缔结的国际协议,中央人民政府可根据情况和澳门特别行政区的需要,在征询澳门特别行政区政府的意见后,决定是否适用于澳门特别行政区。

中华人民共和国尚未参加但已适用于澳门的国际协议仍可继续适用。中央人民政府根据情况和需要授权或协助澳门特别行政区政府作出适当安排,使其他与其有关的国际协议适用于澳门特别行政区。



## 法条精解

1. 香港特别行政区与澳门特别行政区拥有相同的对外事务权。
2. 对外事务权是中央政府授权许可的，有着具体的规定，仅限于经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等适当领域。
3. 对外参加事务，可以“中国香港”和“中国澳门”的名义。

### 真题示例

(2000-1-50) 依据香港、澳门特别行政区基本法，下列哪些是特别行政区的对外事务权限内的事项？

- A. 签发护照和其他旅行证件  
B. 实行出入境管制  
C. 对国际协议是否适用特别行政区发表意见  
D. 参与和香港有关的外交谈判

答案: ABCD。

**解析：**本题考查特别行政区对外事务的权限。根据《香港基本法》第154条和《澳门基本法》第139条规定，特别行政区政府有权签发护照和其他旅行证件，实行出入境管制。所以选项A、B正确。根据《香港基本法》第153条第1款和《澳门基本法》第138条第1款规定，特别行政区政府有权对国际协议是否适用特别行政区发表意见，所以选项C正确。根据《香港基本法》第150条和《澳门基本法》第135条规定，特别行政区政府有权参与和特别行政区有关的外交谈判，选项D正确。





## 第二章 经 济 法



### 导 论

经济法在司法考试中具有重要的地位，具体体现在两个方面。

1. 分值比较相对较高。从近几年的真题来看，经济法所占分数一直稳定在 40 分左右，上下不超过 5 分。2005—2008 年经济法所占分值一直都是 40 分。从 2009 年的经济法试题来看，经济法分值仅为 35 分，题目总体难度稳定。具体到考点分布来看，《反垄断法》3 分，《消费者权益保护法》1 分，税法 4 分，《土地管理法》3 分，《城市房地产管理法》2 分，城乡规划法 2 分，环境法 2 分，银行法 6 分，《食品安全法》2 分，《审计法》2 分，《劳动法》6 分。综合来看，2010 年司考对经济法的考察应该还是在 40 分左右。

2. 难度比较大。经济法的得分率明显低于各门课程的平均得分率。经济法对于多数考生来说不仅难学，而且平时很少接触，非常陌生。这两点结合在一起，给考生们出了一个难题：如果放弃经济法，将会失去相当一部分分数；如果要拿到经济法的分数，又感觉困难重重。但是实际上只要抓住经济法的出题特点，有针对性地进行复习，这个难题就迎刃而解了。

司考对经济法部分考察的总体特点为：①经济法主要通过客观题进行考察，不会出主观题；②经济法侧重于对法条内容进行较浅层次的考察，不会出现理论性较强的题目；③经济法考点分散，几乎每一个小法都会覆盖到。

从经济法的考察热点考点分布我们可以看出经济法的命题规律和趋势：①经济法考点分散，几乎每一部法都有所涉及，但是每一部法分值都不会很高。②经济法重点突出，劳动法是经济法的重中之重。③随着近年《反垄断法》、《企业所得税法》、《食品安全法》、《企业国有资产管理法》的颁布，这些新颁布的法的考察应该会进一步加大。

结合以上对经济法特点的分析，我们建议对经济法的复习应当抓住以下几点：

1. 重视法条。经济法复习的基本方向是以法条为主，以教材和习题为辅。经济法的重点还是在于对法条的考察，以法条为主是经济法复习不变的基本方向。

2. 把握重点。劳动法始终在经济法中占有最重要的地位，是经济法中考查分值最多的，而且每年必考。其他法律则分值差别不大，甚至个别年份列入考试大纲的法律却根本没有出题。

3. 点到即止。经济法对法条的考察是浅层次的，大部分题目是对法条内容的直接考察，一般不会涉及结合理论进行分析论证的问题。

本书经济法部分的特点在于重点突出，总结出重点法条，结合关联法条进行解析，并以近年的真题示例及解析相配合，以图帮助读者提高应试能力。需要提醒读者的是所谓的重点都是相对的，在时间允许的情况下全面细致的复习才是必胜之道。经济法部分特别强调对法条的记忆，考生应特别注意这一点，尤其在考前突破阶段，对本部分做最后的强化记忆是比较容易取得明显成效的。

## 《反垄断法》

### 重点法条

第二条 中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。

#### 【关联法条】

#### 《反垄断法》

第五十五条 经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法。

第五十六条 农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为，不适用本法。



## 法条精解

本条规定了反垄断法的适用范围，需要注意的是以下几点：

1. 反垄断法效力包括域内效力和域外效力。按照一般做法，域内效力不及于中国港澳台地区。域外效力是指经营者在境外实施的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制竞争影响的同样适用反垄断法。
2. 经营者仅仅在滥用知识产权的情形下，实施了排除、限制竞争的行为，才适用反垄断法，也就是说，经营者行使知识产权的行为即使产生了排除、限制竞争的效果，但没有滥用知识产权的，则反垄断法不予规制。
3. 农业生产者及农村经济组织在一定领域内的行为不适用反垄断法。

## 重点法条

第三条 本法规定的垄断行为包括：

- (一) 经营者达成垄断协议；
- (二) 经营者滥用市场支配地位；
- (三) 具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。

### 【关联法条】

#### 《反垄断法》

第十二条 本法所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。

本法所称相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。

## 法条精解

本条规定了垄断行为的形式，需要注意的是：

1. 对于垄断协议，判断其合理及合法性的标准在于其是否排除、限制及损害了竞争。
2. 经营者居于市场支配地位本身并不违法，但是如果其滥用其市场支配地位，排除、限制竞争，则属于违反反垄断法的行为。
3. 经营者集中的内涵大于公司法上所讲的公司合并。
4. 注意相关市场的概念，相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。

## 重点法条

第九条 国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作，履行下列职责：

- (一) 研究拟订有关竞争政策；
- (二) 组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；
- (三) 制定、发布反垄断指南；
- (四) 协调反垄断行政执法工作；
- (五) 国务院规定的其他职责。

国务院反垄断委员会的组成和工作规则由国务院规定。

### 【关联法条】

#### 《反垄断法》

第十条 国务院规定的承担反垄断执法职责的机构（以下统称国务院反垄断执法机构）依照本法规定，负责反垄断执法工作。

国务院反垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照本法规定负责有关反垄断执法工作。

## 法条精解

国务院反垄断委员会的职责是组织、协调、指导反垄断工作，不参与具体的反垄断法执法工作，该项工作由国务院规定的承担反垄断执法职责的机构来担任。因此国务院反垄断委员会实质上只是宏观上组织、协调和指导的结构，而不是具体的执法机构。反垄断委员会的职责包括：





1. 研究拟订有关竞争政策；
2. 组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；
3. 制定、发布反垄断指南；
4. 协调反垄断行政执法工作；
5. 国务院规定的其他职责。

### 真题示例

(2009-1-24) 对于国务院反垄断委员会的机构定位和工作职责，下列哪一选项是正确的？

- A. 是承担反垄断执法职责的法定机构
- B. 应当履行协调反垄断行政执法工作的职责
- C. 可以授权国务院相关部门负责反垄断执法工作
- D. 可以授权省、自治区、直辖市人民政府的相应机构负责反垄断执法工作

答案：B。

解析：参见《反垄断法》第9条和第10条。

### 重点法条

第十三条 禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：

- (一) 固定或者变更商品价格；
- (二) 限制商品的生产数量或者销售数量；
- (三) 分割销售市场或者原材料采购市场；
- (四) 限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；
- (五) 联合抵制交易；
- (六) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

【关联法条】

《反垄断法》

第十六条 行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。

### 法条精解

垄断协议，也即联合限制竞争行为，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。本条规定的主要是横向垄断协议，其主要特征是当事人处于同一生产或流通环节，或同为生产者，或同为销售者，或同为购买者。简单的记忆就是横向固定价格、限制数量、划分市场、限制新技术新设备新产品、抵制交易。其中：

1. 横向固定价格协议，就是价格同盟或价格卡特尔，是指处于同一生产或流通环节的经营者通过明示或默示的协议，将其产品价格固定在或变更到统一的水平上。

2. 限制数量的协议，是指由参与企业通过控制或限制相关市场上产销的供给量，进而限制价格的协议。主要包括：①限制产量协议；②限制销售量协议。

3. 联合抵制交易，也称集体拒绝交易，是指一部分经营者共同拒绝与另一个或另一部分经营者交易的限制竞争行为。

### 重点法条

第十四条 禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：

- (一) 固定向第三人转售商品的价格；
- (二) 限定向第三人转售商品的最低价格；
- (三) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

### 法条精解

本条规定的是纵向垄断协议。需要注意的是：

1. 纵向垄断协议的特点是当事人处于不同生产、流通环节，由于相互间的竞争性较弱，对竞争造成损

害的可能性也比较小。

2. 反垄断法对纵向垄断协议的约束主要体现在对纵向价格约束的规制。纵向价格约束,又称维持转售价格,是指处于同一产业不同环节的交易者约定,就交易标的转售给第三人,或由第三人再转售时,应遵守一定价格的限制竞争协议。

### 重点法条

第十五条 经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的,不适用本法第十三条、第十四条的规定:

- (一) 为改进技术、研究开发新产品的;
- (二) 为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;
- (三) 为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;
- (四) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;
- (五) 因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;
- (六) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;
- (七) 法律和国务院规定的其他情形。

属于前款第一项至第五项情形,不适用本法第十三条、第十四条规定的,经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。

### 法条精解

本条规定了反垄断法上的适用除外制度。

1. 反垄断法追求的是有效竞争的局面,适度的垄断对于竞争是无害有益的。

2. 对于本条可以通过抓住内涵的方法记忆,其规定的除外垄断协议主要包括开发新产品、标准化专业化分工、中小经营者、实现公益、不景气、外贸。

3. 可以看出这里规定的适用除外的垄断协议的共同点在于其对社会都是有利的,这体现了反垄断法社会本位的立法本位,抓住这一点,对于理解反垄断法很有帮助。

### 真题示例

(2009-1-66) 根据《反垄断法》规定,下列哪些选项不构成垄断协议?

- A. 某行业协会组织本行业的企业就防止进口原料时的恶性竞争达成保护性协议
- B. 三家大型房地产公司的代表聚会,就商品房价格达成共识,随后一致采取涨价动作
- C. 某品牌的奶粉含有毒物质的事实被公布后,数家大型零售公司联合声明拒绝销售该产品
- D. 数家大型煤炭企业就采用一种新型矿山安全生产技术达成一致意见

答案: ACD。

解析: 本题考核的是垄断协议。选项 A 属于第 15 条第 6 项规定的“为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益”的情形,不构成垄断协议。选项 B 属于第 13 条第 2 项所规定的具有竞争关系的经营者达成的横向垄断协议。选项 C 不构成垄断协议。对于并非以限制竞争为目的或者为某种公共利益而达成的合意或者一致行动,反垄断法是允许的。选项 D 属于第 15 条第 1 项规定的“为改进技术、研究开发新产品”的情形,不构成垄断协议。解答本题需要对《反垄断法》的相关规定有清楚的了解,难度不大。

### 重点法条

第十七条 禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:

- (一) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;
- (二) 没有正当理由,以低于成本的价格销售商品;
- (三) 没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;
- (四) 没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;
- (五) 没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件;
- (六) 没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇;
- (七) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。



本法所称市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

### 【关联法条】

#### 《反垄断法》

第十八条 认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

- (一) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- (二) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (三) 该经营者的财力和技术条件；
- (四) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- (五) 其他经营者进入相关市场的难易程度；
- (六) 与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

第十九条 有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

- (一) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- (二) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- (三) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

### 法条精解

本条规定的是对滥用市场支配地位的管理制度。

1. 市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

2. 经营者居于市场支配地位并不违法，反垄断法仅规制其滥用市场支配地位的行为。滥用市场支配地位是指具有某种市场支配地位的主体滥用其优势，排除、限制及损害竞争的行为。

3. 对于市场支配地位的认定，反垄断法规定了相关的因素，同时也规定了对市场支配地位的推定情形，需要注意的是被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

### 真题示例

(2008-1-71) 关于市场支配地位推定制度，下列哪些选项是符合我国《反垄断法》规定的？

- A. 经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，推定为具有市场支配地位
- B. 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位
- C. 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三，其中有两个经营者市场份额合计不足五分之一的，不应当推定该两个经营者具有市场支配地位
- D. 被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位

答案：ABD。

解析：根据《反垄断法》第19条本题可以直接得出答案，ABD都符合法律第19条规定的情形，而C选项于法无据，故本题应选ABD。

### 重点法条

第二十条 经营者集中是指下列情形：

- (一) 经营者合并；
- (二) 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；
- (三) 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。



## 法条精解

本条规定的是经营者集中的概念。这里经营者集中的内涵大于一般意义上的企业合并和公司法上的公司合并。这里的经营者集中的关键点在于一个经营者能够控制另外一个经营者，不管是通过合并还是控股或者其他形式。具体情形包括：

1. 经营者合并；
2. 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；
3. 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

## 重点法条

第二十一条 经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。

## 法条精解

经营者集中达到申报标准的，必须在集中之前向国务院反垄断执法机构申报。应当进行申报的标准为：

1. 参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币；
2. 参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 20 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。
3. 营业额的计算，应当考虑银行、保险、证券、期货等特殊行业、领域的实际情况，具体办法由国务院商务主管部门会同国务院有关部门制定。
4. 经营者集中未达到上述申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院商务主管部门应当依法进行调查。

## 重点法条

第二十二条 经营者集中有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法机构申报：

- (一) 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的；
- (二) 参与集中的每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

## 法条精解

这里规定的是经营者集中免于申报的情形。在此种情形下，经营者集中仅仅是形式上的变化而已，并没有实质变化，因为参与集中的经营者早已为某一经营者所控制，对其集中强制要求申报没有意义，并且会造成社会资源的浪费，因此对该条规定的经营者集中的情形免于申报。

## 重点法条

第二十五条 国务院反垄断执法机构应当自收到经营者提交的符合本法第二十三条规定的文件、资料之日起三十日内，对申报的经营者集中进行初步审查，作出是否实施进一步审查的决定，并书面通知经营者。国务院反垄断执法机构作出决定前，经营者不得实施集中。

国务院反垄断执法机构作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。

## 法条精解

本条规定的是国务院反垄断执法机构对经营者集中进行审查的程序。注意：

1. 进行初步审查的时间是自收到经营者提交的符合规定的文件、资料起 30 日内。
2. 国务院反垄断执法机构作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。
3. 国务院反垄断执法机构决定实施进一步审查的，应当自决定之日起 90 日内审查完毕，作出是否禁止经营者集中的决定，并书面通知经营者。作出禁止经营者集中的决定，应当说明理由。审查期间，经营者不得实施集中。







4. 经书面通知经营者后可以延长上述 90 日审查期限的情形是：

- (1) 经营者同意延长审查期限的；
- (2) 经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的；
- (3) 经营者申报后有关情况发生重大变化的。

5. 延长审查的时间最长不得超过 60 日，逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。

### 重点法条

第二十八条 经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是，经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的，国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

#### 【关联法条】

#### 《反垄断法》

第二十九条 对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。

### 法条精解

本条规定的是对经营者集中的处理：

1. 具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，禁止集中。
2. 但是如果有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的，可以不予禁止。注意，这里规定的是可以，而不是必须。
3. 对于不予禁止的，可以附加限制性条件。对于外资参与的经营者集中，涉及国家安全的还应当进行国家安全审查。

### 重点法条

第三十三条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，实施下列行为，妨碍商品在地区之间的自由流通：

- (一) 对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准，或者规定歧视性价格；
- (二) 对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，限制外地商品进入本地市场；
- (三) 采取专门针对外地商品的行政许可，限制外地商品进入本地市场；
- (四) 设置关卡或者采取其他手段，阻碍外地商品进入或者本地商品运出；
- (五) 妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。

#### 【关联法条】

#### 《反垄断法》

第三十五条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，采取与本地经营者不平等待遇等方式，排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构。

### 法条精解

本条规定的是行政垄断。

1. 该行为的主体是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织；
2. 该行为的表现方式是滥用行政权力，实施下列行为：
  - (1) 对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准，或者规定歧视性价格；
  - (2) 对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，限制外地商品进入本地市场；
  - (3) 采取专门针对外地商品的行政许可，限制外地商品进入本地市场；
  - (4) 设置关卡或者采取其他手段，阻碍外地商品进入或者本地商品运出；
  - (5) 其他妨碍商品在地区之间自由流通的行为；
  - (6) 采取与本地经营者不平等待遇等方式，排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构。

(2008-1-72) 滥用行政权力排除、限制竞争的行为,是我国《反垄断法》规制的垄断行为之一。关于这种行为,下列哪些选项是正确的?

- A. 实施这种行为的主体,不限于行政机关
- B. 实施这种行为的主体,不包括中央政府部门
- C. 《反垄断法》对这种行为的规制,限定在商品流通和招投标领域
- D. 《反垄断法》对这种行为的规制,主要采用行政责任的方式

答案: AD。

解析: 根据《反垄断法》第33条规定, A是正确的。而中央政府部门是一级行政机关,所以也属于实施滥用行政权力排除、限制竞争行为的主体,所以B是错误的。第33条明确规定的是不得“妨碍商品在地区之间的自由流通”,而在第34条到37条规定了行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得从事的其他滥用行政权力排除、限制竞争的行为,因此C是错误的。

### 重点法条

第四十五条 对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为,被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。

反垄断执法机构决定中止调查的,应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的,反垄断执法机构可以决定终止调查。

有下列情形之一的,反垄断执法机构应当恢复调查:

- (一) 经营者未履行承诺的;
- (二) 作出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的;
- (三) 中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的。

### 法条精解

本条规定的是经营者承诺制度。

1. 涉嫌垄断行为并被调查的经营者可以通过承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,可以由反垄断执法机构决定中止调查。

2. 经营者履行承诺的,可以终止调查。需要注意的是存在以下三种情形时,应当恢复调查:

- (1) 承诺未履行: 经营者未履行承诺。
- (2) 情事变更: 作出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的。
- (3) 信息不真实: 中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的。

## 《反不正当竞争法》

### 重点法条

第二条 经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。

本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。

本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。

### 法条精解

本条规定了不正当竞争和经营者的概念,这里的经营者包括法人、其他组织和个人,也就是说个人也可以成为《反不正当竞争法》的主体,经营者定义的关键点在于从事商品经营或者营利性服务。



## 重点法条

第五条 经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：

(一) 假冒他人的注册商标；

(二) 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；

(三) 擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；

(四) 在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。

## 法条精解

本条规定的是市场混淆行为。需要注意的是：

1. 第2项中使用知名商品特有的或者与其相似的名称、包装、装潢，只要造成混淆，使购买者误认为是该知名商品，就构成该行为。

2. 知名商品指的是中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品。由经营者营业场所的装饰、营业用具的式样、营业人员的服饰等构成的具有独特风格的整体营业形象，也属于上述“装潢”。

3. 对于混淆的标准，只要足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为与知名商品的经营者具有许可使用、关联企业关系等特定联系的，就应当认定。

4. 在不同地域范围内使用相同或者近似的知名商品特有的名称、包装、装潢，在后使用者能够证明其善意使用的，不构成反不正当竞争法第5条第2项规定的不正当竞争行为。因后来的经营活动进入相同地域范围而使其商品来源足以产生混淆，在先使用者请求责令在后使用者附加足以区别商品来源的其他标识的，人民法院应当予以支持。

## 真题示例

(2007-1-22) 根据《反不正当竞争法》的规定，下列哪一行为属于不正当竞争行为中的混淆行为？

A. 甲厂在其产品说明书中作夸大其词的不实说明

B. 乙厂的矿泉水使用“清凉”商标，而“清凉矿泉水厂”是本地一知名矿泉水厂的企业名称

C. 丙商场在有奖销售中把所有的奖券刮奖区都印上“未中奖”字样

D. 丁酒厂将其在当地评奖会上的获奖证书复印在所有的产品包装上

答案：B。

解析：混淆行为是指经营者在市场经营活动中，以种种不实手段对自己的商品或服务作虚假表示、说明或承诺，或利用他人的智力劳动成果推销自己的商品或服务，使用户或消费者产生误解。扰乱市场秩序、损害同业竞争者的利益或消费者利益的行为。A选项中甲的行为属于虚假宣传行为而不是混淆行为，B选项属于《反不正当竞争法》第5条第2项所规定的情形，为正确答案。C选项构成不正当有奖销售行为，D选项不构成任何不正当竞争行为。

## 重点法条

第七条 政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动。

政府及其所属部门不得滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场。

### 【关联法条】

#### 《反不正当竞争法》

第六条 公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。

## 法条精解

该条实质上属于反垄断的规定。本条需要注意的是：

1. 本条并未因反垄断法颁布而失去效力，但是处理相关问题时应当首先考虑按照反垄断法来处理。



2. 本条中公用企业主要指的是自来水, 电力, 煤气等公司。

3. 认定政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争行为的要件包括:

(1) 行为主体限于政府及其所属部门;

(2) 政府及其所属部门, 实施了法律、行政法规禁止的限制竞争行为, 亦即客观上有滥用行政权力的事实;

(3) 政府及其所属部门滥用行政权力实施限制竞争的行为, 其目的在于保护本部门、本地区的利益, 从而损害外地经营者和本地消费者的合法权益。

### 真题示例

(2007-1-21) 某市政府所属有关部门的下列哪一行为违反《反不正当竞争法》的规定?

A. 市卫生局成立的儿童保健专家组受某生产厂家委托, 对其婴儿保健产品提供质量认证标志并收取赞助费

B. 市工商局和市电视台联合举办消费者信得过产品评选活动, 评选中违反公平程序而使当选的前八名全部为本市产品

C. 市交管局规定, 全市货运车辆必须在指定的两种品牌中选择安装一款车辆运行记录器, 否则不予年检; 其指定品牌为本地的“波浪”牌和法国的 NJK 牌

D. 市政府决定对市酒厂减免地方税以提供财政支持

答案: C。

解析: A 项中市卫生局成立的儿童保健专家组既不是政府也不是政府所属部门, 不具有行政职能, 不符合《反不正当竞争法》第 7 条规定的主体要件。B 项中市工商局的行为没有行政强制性的意义, 也不符合政府及其所属部门的限制竞争行为的全部行为要件。C 项中市交管局利用其行政权力限定本市的货运车辆必须购买指定的运行记录器, 属于限制竞争行为, 违反了《反不正当竞争法》的规定, 因此 C 为当选项。D 项中市政府行为既没有限定消费者购买指定经营者的商品, 也没有限制商品流通, 目的也并非损害外地经营者和本地消费者的合法权益, 因此也不应选。

### 重点法条

第八条 经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的, 以行贿论处; 对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的, 以受贿论处。

经营者销售或者购买商品, 可以以明示方式给对方折扣, 可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的, 必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

### 法条精解

本条规定是对商业贿赂的规制。

1. 认定商业贿赂的关键点在于商业贿赂是在账外暗中给付, 佣金和折扣都是允许的正当行为, 但是都必须如实入账。商业贿赂并不入账, 且给付往往具有隐蔽性。

2. 商业贿赂达到一定标准触犯刑法的, 应当承担刑事责任。

### 重点法条

第九条 经营者不得利用广告或者其他方法, 对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。

广告的经营者不得在明知或者应知的情况下, 代理、设计、制作、发布虚假广告。

### 法条精解

本条规定的是引人误解的虚假宣传行为。引人误解的虚假宣传行为是通过商品质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等方面进行虚假宣传。

1. 对引人误解的虚假宣传行为进行认定应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素。

2. 下列行为足以造成相关公众误解的, 可以认定为引人误解的虚假宣传行为:

(1) 对商品作片面的宣传或者对比的;



- (2) 将科学上未定论的观点、现象等当作定论的事实用于商品宣传的；
- (3) 以歧义性语言或者其他引人误解的方式进行商品宣传的。
3. 以明显的夸张方式宣传商品，不足以造成相关公众误解的不应认定为虚假宣传行为。
4. 广告的经营者不得在明知或者应知的情況下，代理、设计、制作、发布虚假广告。

### 真题示例

(2008-1-73) 欣欣公司为了宣传其新开发的保健品，虚构保健品功效，并委托某广告公司设计了“谁吃谁明白”的广告，聘请大腕明星作代言人，邀请某社会团体向消费者推荐，在报刊和电视上高频率地发布引人误解的不实广告。根据《反不正当竞争法》的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 欣欣公司不论其主观状态如何，都必须对虚假广告承担法律责任
- B. 广告公司只有在明知保健品功效虚假的情况下才承担法律责任
- C. 明星代言人即使对厂商造假不知情，只要蒙骗了消费者，就应承担民事责任
- D. 社会团体在虚假广告中向消费者推荐商品，应承担民事连带责任

答案：AD。

解析：A 选项中不论欣欣公司的主观状态如何，其行为都构成了虚假宣传行为。B 选项中忽略了广告公司应当知道保健品功效的情形，是错误选项。现行法律没有规定代言人的责任问题，所以 C 项是错误的。社会团体或者其他组织，在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务，使消费者的合法权益受到损害的，应当依法承担连带责任。因此，D 项说法正确。

### 重点法条

第十条 经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密：

- (一) 以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；
- (二) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；
- (三) 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

### 法条精解

本条规定的是侵犯商业秘密的行为。侵犯商业秘密是实践中常见的不正当竞争行为。商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

1. 具有实用性是指有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势。

2. 不为公众所知悉是指有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得。

3. 下列行为不认定为不为公众所知悉：

(1) 该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；

(2) 该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；

(3) 该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；

(4) 该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；

(5) 该信息从其他公开渠道可以获得；

(6) 该信息无需付出一定的代价而容易获得。

4. 当事人采取了保密措施指的是当事人实施了在正常情况下足以防止涉密信息泄漏的下列行为：

(1) 限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；

(2) 对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；

(3) 在涉密信息的载体上标有保密标志；

(4) 对于涉密信息采用密码或者代码等；

(5) 签订保密协议；





(6) 对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求；

(7) 确保信息秘密的其他合理措施。

5. 需要注意的还有《反不正当竞争法解释》第9条中对不属于不为公众所知悉的行为的认定和第17条赔偿额的计算。侵犯商业秘密行为的主体也包括明知或者应知已经存在违法行为的情况下实施有关行为的第三人。

### 真题示例

(2005-1-98) 某市甲、乙两厂均生产一种“记忆增强器”产品。甲厂产品的质量比乙厂产品好得多，因而其市场占有率远远高于乙厂。王某是甲厂技术人员。乙厂为提高本厂的市场占有率，付给王某一大笔“技术咨询费”，获取其提供的甲厂技术秘密。乙厂运用这些技术对自己的产品进行了改进。同时，乙厂在本市电视台发布广告，声称本厂生产的记忆增强器功效迅速质量可靠，其他厂家生产的同类产品无保证，呼吁消费者当心。另外，乙厂还以高额回扣诱使本市几家大型商场的购货人员不再采购甲厂产品。本市消费者李某等人在使用乙厂产品一段时间后，不仅记忆力没有增强，反而出现了神经衰弱症状。李某等人在电视台的协助下，向乙厂反映了情况。乙厂随后发现，王某提供的甲厂技术资料缺少几项关键技术，致使乙厂产品存在质量缺陷。乙厂的下列行为，何者构成不正当竞争？

- A. 向甲公司的工作人员行贿，以获得甲厂的技术秘密
- B. 向本市大型商场的购货人员行贿，使他们只采购本厂产品
- C. 在电视广告中发布使人误解的虚假宣传
- D. 在电视广告中散布虚假事实，损害竞争者的商品信誉

答案：ABCD。

解析：根据《反不正当竞争法》第10条的规定，A选项乙厂的行为构成了对甲厂的商业秘密的侵犯，应选。B选项符合该法第8条的规定，属于商业贿赂行为。应选。C选项属于该法第9条规定的引人误解的虚假宣传行为，也是正确选项。D选项是诋毁商誉的行为。因此本题答案是ABCD。

### 重点法条

第十一条 经营者不得以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。

有下列情形之一的，不属于不正当竞争行为：

- (一) 销售鲜活商品；
- (二) 处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；
- (三) 季节性降价；
- (四) 因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

### 法条精解

本条规定的是低价倾销行为。该行为构成要件有两个：

- 1. 以低于成本的价格销售；
- 2. 以排挤竞争对手为目的。

需要注意的是对于本条规定的四种例外情形要重点记忆。

### 真题示例

(2002-1-90) 经营者以低于成本价销售下列商品的行为，哪些不属于不正当竞争行为？

- A. 销售鲜活商品
- B. 销售有效期限将到期的商品
- C. 销售积压商品
- D. 因清偿债务，歇业降价销售商品

答案：ABCD。

解析：本题完全出自法条规定，没有难度。

### 重点法条

第十二条 经营者销售商品，不得违背购买者的意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。



## 法条精解

本条规定的是搭售行为。搭售行为违背了购买者的意愿，损害了其他竞争对手的利益，既包括搭售商品，也包括附加不合理的条件。其构成要件为：

1. 违背购买者的意愿；
2. 实施了搭售商品或者附加其他不合理的条件的行为。

## 重点法条

第十三条 经营者不得从事下列有奖销售：

- (一) 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；
- (二) 利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；
- (三) 抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五千元。

## 法条精解

本条规定的是不当有奖销售行为。本条列出了三种不当有奖销售的行为，前两种存在欺诈情形，最后一种容易引起消费者的博彩心理，损害了其他经营者的利益。

## 重点法条

第十四条 经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

## 法条精解

本条规定了诋毁商誉的不正当竞争行为。诋毁商誉行为是指经营者捏造、散布虚假事实、损害竞争对手的商业信誉、商品声誉，从而削弱竞争力，为自己取得竞争优势的行为。诋毁商誉行为的要点包括：

1. 行为的主体是市场经营活动中的经营者，其他经营者如果受其指使从事诋毁商誉行为的，可构成共同侵权人。新闻单位被利用和被唆使的，仅构成一般的侵害他人名誉权行为，而非不正当竞争行为。
2. 经营者实施了诋毁商誉的行为。
3. 诋毁行为是针对一个或多个特定竞争对手的。
4. 经营者对其他竞争者进行诋毁，其目的是败坏对方的商誉，其主观心态出于故意是显而易见的。

## 真题示例

(2008-1-74) 甲公司为宣传其“股神”股票交易分析软件，高价聘请记者发表文章，称“股神”软件是“股民心中的神灵”，贬称过去的同类软件“让多少股民欲哭无泪”，并称乙公司的软件“简直是垃圾”。根据《反不正当竞争法》的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 只有乙公司才能起诉甲公司的诋毁商誉行为
- B. 甲公司的行为只有出于故意才能构成诋毁商誉行为
- C. 只有证明记者拿了甲公司的钱财，才能认定其参与诋毁商誉行为
- D. 只有证明甲公司捏造和散布了虚假事实，才能认定其构成不正当竞争

答案：BD。

解析：本题中，甲公司的行为，侵犯了所有同类竞争对手的权益，在符合法律规定的情况下，其他同类产品的竞争对手也可以起诉甲公司，而非只有乙公司可以起诉。因此，A项说法错误。B选项的说法符合诋毁商誉行为的构成要件，是正确的。C选项中记者不属于诋毁商誉行为的主体，是否给予钱财也不是诋毁商誉行为的构成要件，不构成诋毁商誉的行为。D选项的说法也是正确的，在不能证明甲公司捏造和散布了虚假事实的情况下。

## 重点法条

第二十条 经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。



被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

### 法条精解

本条规定的是因不正当竞争行为造成损害的赔偿责任。

1. 赔偿标准以被损害的经营者因此而受到的损害计算；
2. 损失额难以计算时，以侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润为标准，并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。

## 《消费者权益保护法》

### 重点法条

第二条 消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。

#### 【关联法条】

#### 《消费者权益保护法》

第五十四条 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行。

### 法条精解

本条规定的是消费者的定义。需要注意的是：

1. 虽然该法没有明确指出消费者为个人，可以理解为消费者主要指个人，但也包括购买生活消费品，以满足本单位个人成员消费需要的组织。
2. 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料时，尽管其购买的不是生活资料而是生产资料，但是也属于消费者的范畴。

### 真题示例

(2004-1-20) 农民贾某从某种子站购买了五种农作物良种，正常耕种后有三种农作物分别减产 30%、40% 和 50%。经鉴定，这三种种子部分属于假良种。对此，下列哪一选项不正确？

- A. 贾某可以向消费者协会投诉
- B. 贾某只能要求种子站退还购良种款
- C. 贾某可以要求种子站赔偿减产损失
- D. 贾某可以向当地工商局举报要求对种子站进行罚款

答案：B。

解析：该题考察的是《消费者权益保护法》第 54 条的规定。贾某依照《消费者权益保护法》规定既可以向消协投诉，又可以请求有关部门追究种子站的民事、行政以至刑事责任。ACD 三个选项都是符合《消费者权益保护法》规定的。B 选项缩小了消费者的权利，是错误的，应选 B。

### 重点法条

第七条 消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。  
消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。

### 法条精解

本条规定了消费者的保障安全权。其中人身安全权包括健康不受损害和生命安全有保障。对于人身健康和财产安全的确定，有主观标准和客观标准。主观标准是人们制定的标准，包括国家标准、行业标准等。客观标准是人们在正常使用的情况下有权期待的不会引起人身财产安全问题的安全性。在没有主观标准时，客观标准是一种补充。

### 重点法条

第八条 消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。



消费者有权根据商品或者服务的不同情况,要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务,或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

### 法条精解

本条规定的是消费者的知悉真情权。知悉真情权是消费者与经营者交易时首先要行使的权利,也是经营者首先应履行的义务。这项权利的行使,直接影响着商品售出后,消费者其他权利的行使。

### 真题示例

(2005-1-21) 甲经贸公司租赁乙大型商场柜台代销丙厂名牌床罩。为提高销售额,甲公司采取了多种促销措施。下列措施哪一项违反了法律规定?

- A. 在摊位广告牌上标明“厂家直销”
- B. 在商场显著位置摆放该产品所获的各种奖牌
- C. 开展“微利销售”,实行买一送一或者买 100 元返券 50 元
- D. 对顾客一周之内来退货“不问理由一概退换”

答案:A。

解析:A 选项经营者违反了《消费者权益保护法》第 8 条的规定,其在促销过程中,把代销说成直销,向消费者隐瞒了有关商品的真实情况,侵犯了消费者的知悉真情权,因此 A 选项应选。B 选项商家的做法符合法律规定,不应选。C 选项是商家的让利活动,并没有作出对消费者的不公平、不合理的规定,或者减轻、免除经营者义务的规定,不应选。D 选项相对于《消费者权益保护法》第 45 条而言是更有利于消费者的,结合《消费者权益保护法》第 24 条来看,该行为也是合法的,不应选。

### 重点法条

第九条 消费者享有自主选择商品或者服务的权利。

消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者,自主选择商品品种或者服务方式,自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。

消费者在自主选择商品或者服务时,有权进行比较、鉴别和挑选。

### 法条精解

本条规定了消费者的自主选择权。自主选择权主要表现在三个方面:

1. 自主选择经营者。
2. 自主选择商品品种和服务方式。
3. 自主选择购买不购买商品或者接受不接受服务。

此外还要注意消费者在自主选择商品或者服务时,有权进行比较、鉴别和挑选。

### 重点法条

第十条 消费者享有公平交易的权利。

消费者在购买商品或者接受服务时,有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件,有权拒绝经营者的强制交易行为。

### 法条精解

本条规定了消费者的公平交易权。公平交易权包括质量保障、价格合理、计量正确和拒绝强制交易四个方面。

1. 价格合理是指经营者不得非法牟利和暴利“宰人”。
2. 计量正确是指应采用正确的法定计量单位,使用经检验合格的计量工具,计算要正确。我国采用的是国际通用公制。
3. 注意拒绝强制交易与自主选择权是联系在一起的。



## 重点法条

第十一条 消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

## 法条精解

本条规定了消费者的获得赔偿权。获得赔偿权是指消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。这里需要注意的是，不论是购买商品，还是使用商品，不论是购买商品的使用者还是使用商品的消费者，只要经营者的商品对他们造成了财产或者人身伤害，均可以依据该条获得赔偿。

## 真题示例

(2007-1-66) 某公司生产销售一款新车，该车在有些新设计上不够成熟，导致部分车辆在驾驶中出现故障，甚至因此造成交通事故。事后，该公司拒绝就故障原因做出说明，也拒绝对受害人提供赔偿。该公司的行为侵犯了消费者的哪些权利？

- A. 安全保障权
- B. 知悉真情权
- C. 公平交易权
- D. 获取赔偿权

答案：ABD。

解析：某公司生产的汽车因为设计上的缺陷导致驾驶故障，造成交通事故，危害了消费者的安全保障权。该公司事后拒绝就故障原因做出说明，侵犯了消费者的知悉真情权。最后该公司拒绝对受害人提供赔偿的行为侵犯了消费者的获得赔偿权。本题中公司既未以不同的交易条件对待不同的消费者，也未进行强制交易，C选项是错误的，不应选。

## 重点法条

第十四条 消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

## 法条精解

本条规定了消费者的维护尊严权。该权利包括：

1. 人格尊严受尊重，例如经营者不得搜查消费者的身体等。
2. 民族风俗习惯受尊重。

## 重点法条

第十八条 经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。

## 法条精解

本条规定了经营者保障消费者人身和财产安全的义务。

1. 在一般情况下，经营者应当保证其商品的安全性，对可能危及人身财产安全的应说明真实情况，做好明确警示等。
2. 在非正常情况下，即经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的情况下，经营者有三方面义务，一是报告义务，二是告知义务，三是采取预防措施的义务。

## 真题示例

(2009-1-25) 郭某与10岁的儿子到饭馆用餐，入厕时将手提包留在座位上嘱儿子看管，回来后发现手提包丢失。郭某要求饭馆赔偿被拒绝，遂提起民事诉讼。根据消费者安全保障权，下列哪一说法是正确的？

- A. 饭馆应保障顾客在接受服务时的财产安全，并承担顾客随身物品遗失的风险





B. 饭馆应保证其提供的饮食服务符合保障人身、财产安全的要求，但并不承担对顾客随身物品的保管义务，也不承担顾客随身物品遗失的风险

C. 饭馆应对顾客妥善保管随身物品作出明显提示，否则应当对顾客的物品丢失承担赔偿责任

D. 饭馆应确保其服务环境绝对安全，应当对顾客在饭馆内遭受的一切损失承担赔偿责任

答案：B。

解析：本题考点在于消费者的安全保障权和经营者保证商品和服务安全的义务。饭馆仅对自己为郭某提供的食品负有保障其人身安全的义务。本题中，消费者郭某是因第三人的行为造成财产损失，而非人身伤害。对此饭馆不承担安保义务。另外，饭馆没有为消费者负担保管财物的法定责任，除非双方事先有保管协议。本题中，郭某进餐之前并没有将其财物交给饭馆保管，两者之间没有达成保管协议，因此，饭馆不对郭某丢失的财物承担赔偿责任。因此，本题正确答案应为 B 选项。

## 重点法条

第十九条 经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。

经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。

商店提供商品应当明码标价。

## 法条精解

该条规定了经营者不作虚假宣传的义务。该义务包括：

1. 提供真实情况，即经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息。
2. 不作虚假宣传，即经营者不得有虚假的宣传或者推销等行为。
3. 明确答复询问，即经营者应当明确的答复消费者的询问。
4. 明码标价，即经营者对于商品的标价必须明确标出，不能在价格上“打马虎眼”。

## 重点法条

第二十条 经营者应当标明其真实名称和标记。

租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。

## 法条精解

本条规定了经营者标明其真实名称和标记的义务。

1. 经营者应当标明其真实名称和标记。
2. 租赁柜台和场地的经营者也应当标明其真实名称和标记。在租赁期满后，如果场地经营者不能提供租赁者真实信息，受到损害的消费者有权要求场地经营者承担责任。

## 重点法条

第二十一条 经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。

## 法条精解

本条规定了经营者出具凭证和单据的义务。需要注意的是经营者未出具凭证和单据，或者凭证单据内容不周延，都不能排除经营者依法应承担的义务，也不能剥夺消费者依法应享有的权利。

## 真题示例

(2006-1-65) 经营者的下列哪些行为违反了《消费者权益保护法》的规定？

- A. 商家在商场内多处设置监控录像设备，其中包括服装销售区的试衣间
- B. 商场的出租柜台更换了承租商户，新商户进场后，未更换原商户设置的名称标牌
- C. 顾客以所购商品的价格高于同城其他商店的同类商品的售价为由要求退货，商家予以拒绝
- D. 餐馆规定，顾客用餐结账时，餐费低于 5 元的不开发票



答案：ABD。

解析：A 选项违反了《消费者权益保护法》第 14 条的规定，在试衣间安装监控录像设备侵犯了消费者的人格尊严受尊重权，应选。B 选项违反了《消费者权益保护法》第 20 条经营者应标明真实名称和标记的义务，应选。C 选项经营者的行为属于其自主经营权的范围，并无不当，不选。D 选项违反了《消费者权益保护法》第 21 条的规定，消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具，因此 D 选项是正确选项。

### 重点法条

第二十二条 经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的除外。

经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

### 法条精解

本条规定了经营者提供符合要求的商品和服务的义务。需要注意的是消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的情况下，经营者是不需要承担此项义务的。

### 真题示例

（2006 - 1 - 69）某大型商场在商场各醒目处张贴海报：本商场正以 3 折的价格处理一批因火灾而被水浸过的商品。消费者葛某见后，以 488 元购买了一件原价 1464 元的名牌女皮衣。该皮衣穿后不久，表面出现严重的泛碱现象。葛某要求商场退货，被拒绝。下列哪些说法是正确的？

- A. 商场不承担退货责任
- B. 商场应当承担退货责任
- C. 商场可以不退货，但应当允许葛某用该皮衣调换一件价值 488 元的其他商品
- D. 商场可以对该皮衣进行修复处理并收取适当的费用

答案：AD。

解析：本题中，商场已经以张贴海报方式明示告知皮衣被水浸过的瑕疵事实，消费者在购买皮衣之前已经知道其存在瑕疵，故商场无需承担退货责任。由此可知，本题答案为 AD

### 重点法条

第二十三条 经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。

### 法条精解

本条规定了经营者的三包义务。不论是法定的还是约定的三包责任或者其他责任，经营者均须按照国家规定或约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。

### 重点法条

第二十四条 经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。

格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

### 法条精解

本条规定了经营者不得从事不公平、不合理交易的义务。这里需要注意的是格式合同、通知、声明、店堂告示等含有损害消费者合法权益的内容时无效。

### 重点法条

第二十五条 经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。



本条规定了经营者不得侵犯消费者人身权的义务，与消费者的人格尊严权是相对应的。

## 重点法条

第三十二条 消费者协会履行下列职能：

- (一) 向消费者提供消费信息和咨询服务；
- (二) 参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；
- (三) 就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；
- (四) 受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；
- (五) 投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；
- (六) 就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼；
- (七) 对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。

各级人民政府对消费者协会履行职能应当予以支持。

## 法条精解

本条规定了消费者协会的职能。具体包括：

1. 向消费者提供消费信息和咨询服务。
2. 参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查。
3. 就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议。
4. 受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解。
5. 投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论。
6. 就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼。
7. 对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。

注意消费者协会的性质决定了其在保护消费者权益方面起的是辅助作用。

## 真题示例

(2005 - 1 - 69) 下列有关消费者组织的提问，哪些应该给予肯定的回答？

- A. 除了消费者协会以外，是否可以经过合法程序成立其他的消费者组织？
- B. 有人说，消费者组织属于工商行政管理局下属的政府机构，这种说法正确吗？
- C. 消费者协会能够以自己名义代表消费者打官司吗？
- D. 消费者协会能够以自己名义在立法过程中提出建议吗？

答案：AD。

解析：从《消费者权益保护法》第31条可以看出除消费者协会外，还可存在其他消费者组织；消费者组织属于社会团体而不属于政府机构。根据《消费者权益保护法》第32条的规定，消费者协会不能以自己的名义代表消费者打官司。可“就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议”，包括提出行政法规的立法建议。因此本题正确答案是AD。

## 重点法条

第三十三条 消费者组织不得从事商品经营和营利性服务，不得以牟利为目的向社会推荐商品和服务。

## 法条精解

本条规定了消费者协会的禁止行为。包括：

1. 不得从事商品经营和营利性服务。
2. 不得以牟利为目的向社会推荐商品和服务。

## 重点法条

第三十四条 消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：



- (一) 与经营者协商和解;
- (二) 请求消费者协会调解;
- (三) 向有关行政部门申诉;
- (四) 根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁;
- (五) 向人民法院提起诉讼。

### 法条精解

本条规定了消费者与经营者争议的解决方式。包括:

1. 协商和解。
2. 请求消费者协会调解。
3. 向有关行政部门申诉。
4. 与经营者达成仲裁协议的可以提请仲裁机构仲裁。
5. 向人民法院提起诉讼。

注意本条所列的解决方式相互之间是并列的,不存在前置程序的问题,消费者可以自由选择。

### 重点法条

**第三十五条** 消费者在购买、使用商品时,其合法权益受到损害的,可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后,属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的,销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的,可以向销售者要求赔偿,也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的,销售者赔偿后,有权向生产者追偿。属于销售者责任的,生产者赔偿后,有权向销售者追偿。

消费者在接受服务时,其合法权益受到损害的,可以向服务者要求赔偿。

#### 【关联法条】

#### 《产品质量法》

**第四十三条** 因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的,受害人可以向产品的生产者要求赔偿,也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任,产品的销售者赔偿的,产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任,产品的生产者赔偿的,产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

### 法条精解

本条规定了对消费者造成损害的责任的承担。

1. 一般情况下,消费者应当向销售者索赔。
2. 销售者赔偿后属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的,可以向生产者或者其他销售者追偿。
3. 在因商品缺陷造成损害的情况下,消费者有选择权,可以向生产者要求赔偿,也可以向销售者要求赔偿。赔偿一方可以向有责任的一方追偿。
4. 消费者在接受服务时,其合法权益受到损害的,可以向服务者要求赔偿。

### 真题示例

(2008-1-24) 某美容店向王某推荐一种“雅兰牌”护肤产品。王某对该品牌产品如此便宜表示疑惑,店家解释为店庆优惠。王某买回使用后,面部出现红肿、瘙痒,苦不堪言。质检部门认定系假冒劣质产品。王某遂向美容店索赔。对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 美容店不知道该产品为假名牌,不应承担责任
- B. 美容店不是假名牌的生产者,不应承担责任
- C. 王某对该产品有怀疑仍接受了服务,应承担部分责任
- D. 美容店违反了保证商品和服务安全的义务,应当承担全部责任

答案: D。



解析：A 选项不符合《消费者权益保护法》第 22 条第 1 款的规定。美容店作为“雅兰牌”护肤产品的销售者，负有保障商品应有性能和质量义务。根据《消费者权益保护法》第 35 条的规定，美容店违反了质量保证义务，应当就全部损害承担赔偿责任。因此 B 选项是正确的，D 选项是错误的。C 选项消费者表示怀疑，不构成明知，不能减轻美容院的责任，不应当选。

重点法条

第三十六条 消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

【关联法条】

《消费者权益保护法》

第三十七条 使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

第三十八条 消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

第三十九条 消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告经营者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者不能提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。

法条精解

- 本条规定了特殊情况下的责任承担主体。
1. 原企业分立合并的，可以向其权利义务承担者索赔。
  2. 租赁柜台或者是在展销会上的，消费者可以向销售者索赔。租赁期满或者展销会结束后可以向出租者或者展销会的举办者索赔。
  3. 广告的经营者发布虚假广告又不能提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。
  4. 使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

重点法条

第四十五条 对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换或者退货。在保修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或者退货。

对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。

法条精解

本条规定了经营者在保修期内两次修理仍不能正常使用情况下应当承担更换或者退货的义务。商品是大件商品时，经营者还应当承担合理费用。

重点法条

第四十六条 经营者以邮购方式提供商品的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回货款；并应当承担消费者必须支付的合理费用。

法条精解

邮购方式交易的情况下，经营者未依约提供的应当承担消费者支付的合理费用。

重点法条

第四十七条 经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款；并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用。



预收款方式交易的情况下，经营者未依约提供的应当退回预付款和利息，并承担消费者支付的合理费用。

## 重点法条

第四十九条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

## 法条精解

本条规定了经营者有欺诈行为时的双倍赔偿责任。其构成要件为：

1. 经营者提供商品或者服务有欺诈行为。
2. 消费者要求增加赔偿。

注意增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

## 真题示例

(2005-1-70) 王某购买的商品房交付后即进行装修，后发现墙体严重渗水，客厅、卧室墙壁和卫生间的顶部及墙面各有二分之一的渗水面，造成装修后的壁纸卷曲、剥落。开发商接到王某反映后，经检验，属于施工单位未按设计要求施工，漏做王某家楼土地面的防水层所致。开发商应向王某提供哪些补救？

- A. 接受退房、返回购房款并赔偿损失
- B. 退房并按房价双倍赔偿
- C. 妥善修理并支付相应赔偿
- D. 按原房价在园地置换一套面积更大、楼层更好并且装修完毕的房屋

答案：AC。

解析：根据《消费者权益保护法》第48条的规定，A选项正确。C选项根据合同法的一般原理也可判断出是正确的。本题中不存在欺诈的情形，因此不适用《消费者权益保护法》第49条规定的双倍赔偿，所以B选项错误。D选项没有法律依据。需要注意的是本题不适用《产品质量法》，参见该法第2条规定。

## 《产品质量法》

## 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内从事产品生产、销售活动，必须遵守本法。

本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。

建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。

## 法条精解

本条规定了《产品质量法》的调整范围，产品是指经过加工、制作，用于销售的产品，需要注意的是第3款，建筑工程本身不属于该法所称的产品，但是建筑材料、建筑构配件和设备属于产品。初级农产品不是该法所称的产品，经过加工后的农产品则属于该法所称的产品。

## 重点法条

第八条 国务院产品质量监督部门主管全国产品质量监督工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

县级以上地方产品质量监督部门主管本行政区域内的产品质量监督工作。县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

法律对产品质量的监督部门另有规定的，依照有关法律的规定执行。



本条规定的是《产品质量法》的执法机构。需要注意的是县级以上的产品质量监督部门才有本法的执法权。

1. 国务院产品质量监督部门主管全国产品质量监督工作。
2. 县级以上地方产品质量监督部门主管本行政区域内的产品质量监督工作。
3. 法律对产品质量的监督部门另有规定的，依照有关法律的规定执行。

## 重点法条

**第十五条** 国家对产品质量实行以抽查为主要方式的监督检查制度，对可能危及人体健康和人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品进行抽查。抽查的样品应当在市场上或者企业成品仓库内的待销产品中随机抽取。监督抽查工作由国务院产品质量监督部门规划和组织。县级以上地方产品质量监督部门在本行政区域内也可以组织监督抽查。法律对产品质量的监督检查另有规定的，依照有关法律的规定执行。

国家监督抽查的产品，地方不得另行重复抽查；上级监督抽查的产品，下级不得另行重复抽查。

根据监督抽查的需要，可以对产品进行检验。检验抽取样品的数量不得超过检验的合理需要，并不得向被检查人收取检验费用。监督抽查所需检验费用按照国务院规定列支。

生产者、销售者对抽查检验的结果有异议的，可以自收到检验结果之日起十五日内向实施监督抽查的产品质量监督部门或者其上级产品质量监督部门申请复检，由受理复检的产品质量监督部门作出复检结论。

### 【关联法条】

#### 《产品质量法》

**第十七条** 依照本法规定进行监督抽查的产品质量不合格的由实施监督抽查的产品质量监督部门责令其生产者、销售者限期改正。逾期不改正的，由省级以上人民政府产品质量监督部门予以公告；公告后经复查仍不合格的，责令停业，限期整顿；整顿期满后复查产品质量仍不合格的，吊销营业执照。

监督抽查的产品有严重质量问题的，依照本法第五章的有关规定处罚。

## 法条精解

本条规定了对产品质量检查的抽查制度。

1. 我国对产品质量监督采用的是以抽查为主的制度。
2. 需要注意的是级别高的部门抽查之后级别低的部门不能另行重复抽查。根据需要进行检验时不能收取检验费用。
3. 抽查的法律后果是抽查的产品质量不合格的责令限期改正，逾期不改正的予以公告，公告后经复查仍不合格的，责令停业，限期整顿，整顿期满后复查产品质量仍不合格的，吊销营业执照。
4. 生产者、销售者对抽查检验的结果有异议的，可以自收到检验结果之日起15日内向实施监督抽查的产品质量监督部门或者其上级产品质量监督部门申请复检，由受理复检的产品质量监督部门作出复检结论。

## 重点法条

**第二十条** 从事产品质量检验、认证的社会中介机构必须依法设立，不得与行政机关和其他国家机关存在隶属关系或者其他利益关系。

### 【关联法条】

#### 《产品质量法》

**第二十五条** 产品质量监督部门或者其他国家机关以及产品质量检验机构不得向社会推荐生产者的产品；不得对产品进行监制、监销等方式参与产品经营活动。

**第五十八条** 社会团体、社会中介机构对产品质量作出承诺、保证，而该产品又不符合其承诺、保证的质量要求，给消费者造成损失的，与产品的生产者、销售者承担连带责任。

## 法条精解

本条规定了产品质量监督部门或者其他国家机关以及产品质量检验机构的禁止行为。



1. 产品质量监督部门或者其他国家机关以及产品质量检验机构不得向社会推荐产品，不得参与产品经营。
2. 产品质量认证机构违反法律规定，对不符合认证标准而使用认证标志的产品，未依法要求其改正或者取消其使用认证标志资格的，对因产品不符合认证标准给消费者造成的损失，与产品的生产者、销售者承担连带责任；情节严重的，撤销其认证资格。
3. 需要注意的是对于社会团体和社会中介机构对产品质量作出承诺、保证，而该产品又不符合其承诺、保证的质量要求，给消费者造成损失的承担连带责任。

### 重点法条

第二十七条 产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：

- (一) 有产品质量检验合格证明；
- (二) 有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；
- (三) 根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；
- (四) 限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；
- (五) 使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。

裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。

#### 【关联法条】

#### 《产品质量法》

第二十八条 易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。

### 法条精解

本条规定的是经营者在产品包装上的义务，包括：

1. 有产品质量检验合格证明。
2. 有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址。
3. 根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料。
4. 限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期。
5. 使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。
6. 裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。

### 真题示例

(2002-1-50) 下列哪些产品的包装不符合《产品质量法》的要求？

- A. 某商场销售的“三星”彩电只有韩文和英文的说明书
- B. 某厂生产的火腿肠没有标明厂址
- C. 某厂生产的香烟上没有标明“吸烟有害身体健康”
- D. 某厂生产的瓶装葡萄酒没有标明酒精度

答案：ABCD。

解析：本题主要考察《产品质量法》第27条关于产品包装的规定，A选项中没有中文标明的产品名称等；B选项中没有标明厂址；C选项中香烟没有中文警示说明；D选项中酒类产品应当按照《产品质量法》的规定标明酒精含量，因此本题中ABCD都应选。

### 重点法条

第四十条 售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：





- (一) 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；
- (二) 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；
- (三) 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者（以下简称供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。

销售者未按照第一款规定给予修理、更换、退货或者赔偿损失的，由产品质量监督部门或者工商行政管理部门责令改正。

生产者之间，销售者之间，生产者与销售者之间订立的买卖合同、承揽合同有不同约定的，合同当事人按照合同约定执行。

### 法条精解

该条规定了产品责任。可以与《消费者权益保护法》的相关条款结合起来理解和记忆。

1. 销售者承担产品责任的情形包括：

- (1) 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；
- (2) 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；
- (3) 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

2. 注意销售者承担赔偿责任后属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

### 真题示例

(2008-1-25) 关于产品缺陷责任，下列哪一选项符合《产品质量法》的规定？

- A. 基于产品缺陷的更换、退货等义务属于合同责任，因产品缺陷致人损害的赔偿义务属于侵权责任
- B. 产品缺陷责任的主体应当与受害者有合同关系
- C. 产品缺陷责任一律适用过错责任原则
- D. 产品质量缺陷责任一律适用举证责任倒置

答案：A。

解析：由《产品质量法》第40条和第41条可知，A选项是正确的。产品缺陷责任的主体不一定要与受害者有合同关系，所以B是错误的。产品责任适用的归责原则是无过错责任原则，而非是过错责任原则，因此，C项说法错误。产品缺陷责任纠纷的举证并不是一律适用举证责任倒置，因此D项说法错误。

### 重点法条

第四十一条 因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。

生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：

- (一) 未将产品投入流通的。
- (二) 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的。
- (三) 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

### 法条精解

本条规定了产品缺陷的责任。需要注意的是本条规定的免责情形：

- 1. 未将产品投入流通的。
- 2. 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的。
- 3. 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

### 重点法条

第四十二条 由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。

## 法条精解

本条规定了销售者的产品责任，当销售者有过错致使产品存在缺陷时，应当承担责任，在其不能指明生产者和供货者时也应承担责任，本条结合运用了过错责任原则和过错推定责任原则两种归责原则。

## 真题示例

(2004-1-63) 甲从国外低价购得一项未获当地政府批准销售的专利产品“近视治疗仪”。甲将产品样品和技术资料提交给我国×市卫生局指定的医疗产品检验机构。该机构未作任何检验，按照甲书写的文稿出具了该产品的检验合格报告。随后，该市退休医师协会的秘书长乙又以该协会的名义出具了该产品的质量保证书。该产品投入市场后，连续造成多起青少年因使用该产品致眼睛严重受损的事件。现除要求追究甲的刑事责任外，受害者还可以采用哪些民事补救方法？

- A. 要求甲承担损害赔偿责任
- B. 要求该卫生局承担连带赔偿责任
- C. 要求该检验机构承担连带赔偿责任
- D. 要求该退休医师协会承担连带赔偿责任

答案：ACD。

解析：根据《产品质量法》第42条的规定可知，A选项是正确的，应选；卫生局不应承担连带赔偿责任，所以B是错误的，不应选；产品质量检验机构、认证机构对不符合认证标准而使用认证标志的产品，未依法要求其改正或者取消其使用认证标志资格的，对因产品不符合认证标准给消费者造成的损失，与产品的生产者、销售者承担连带责任；情节严重的，撤销其认证资格。C项应选；根据《产品质量法》第58条的规定，D选项是正确的，应选。

## 重点法条

第四十五条 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满十年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

## 法条精解

本条规定了产品缺陷损害的诉讼时效。因产品缺陷造成损害的诉讼时效期间为2年，最长保护期限为10年。注意区分《民法通则》第136条第2项规定的产品质量不合格的诉讼时效为1年。

# 《食品安全法》

## 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内从事下列活动，应当遵守本法：

- (一) 食品生产和加工（以下称食品生产），食品流通和餐饮服务（以下称食品经营）；
- (二) 食品添加剂的生产经营；
- (三) 用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备（以下称食品相关产品）的生产经营；
- (四) 食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品；
- (五) 对食品、食品添加剂和食品相关产品的安全管理。

供食用的源于农业的初级产品（以下称食用农产品）的质量安全管理，遵守农产品质量安全法的规定。但是，制定有关食用农产品质量安全标准、公布食用农产品安全有关信息，应当遵守本法的有关规定。

## 法条精解

本条规定了《食品安全法》的调整范围，需要注意的是第2款的规定，对于农业初级产品不适用本法，但是有关食用农产品质量安全标准、公布食用农产品安全有关信息应当遵守《食品安全法》的规定。





## 重点法条

第四条 国务院设立食品安全委员会，其工作职责由国务院规定。

国务院卫生行政部门承担食品安全综合协调职责，负责食品安全风险评估、食品安全标准制定、食品安全信息公布、食品检验机构的资质认定条件和检验规范的制定，组织查处食品安全重大事故。

国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门依照本法和国务院规定的职责，分别对食品生产、食品流通、餐饮服务活动实施监督管理。

### 法条精解

本条规定了《食品安全法》的执法机构。注意区分各个部门的不同职责：

1. 食品安全委员会，其工作职责由国务院规定。
2. 国务院卫生行政部门承担食品安全综合协调职责，负责食品安全风险评估、食品安全标准制定、食品安全信息公布、食品检验机构的资质认定条件和检验规范的制定，组织查处食品安全重大事故。
3. 国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门依照本法和国务院规定的职责，分别对食品生产、食品流通、餐饮服务活动实施监督管理。

## 重点法条

第十一条 国家建立食品安全风险监测制度，对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。

国务院卫生行政部门会同国务院有关部门制定、实施国家食品安全风险监测计划。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家食品安全风险监测计划，结合本行政区域的具体情况，组织制定、实施本行政区域的食品安全风险监测方案。

### 【关联法条】

#### 《食品安全法》

第十二条 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门获知有关食品安全风险信息后，应当立即向国务院卫生行政部门通报。国务院卫生行政部门会同有关部门对信息核实后，应当及时调整食品安全风险监测计划。

### 法条精解

本条规定了食品安全风险监测制度。

1. 食品安全风险监测的对象是食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素。
2. 食品安全风险监测计划由国务院卫生行政部门会同国务院有关部门制定和实施。
3. 省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家食品安全风险监测计划，结合本行政区域的具体情况，组织制定、实施本行政区域的食品安全风险监测方案。
4. 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门获知有关食品安全风险信息后，应当立即向国务院卫生行政部门通报。国务院卫生行政部门会同有关部门对信息核实后，应当及时调整食品安全风险监测计划。

### 真题示例

(2009-1-67) 关于国家食品安全风险监测制度，下列哪些表述是正确的？

- A. 食品安全风险监测制度以食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素为监测对象
- B. 食品安全风险监测计划由国务院卫生行政部门会同有关部门制定、实施
- C. 通过食品安全风险监测发现食品安全隐患时，国务院卫生行政部门应当立即进行检验和食品安全风险评估
- D. 食品安全风险监测信息是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据

答案：ABC。

解析：本题考核国家食品安全风险监测制度。选项 A 正确。国家建立食品安全风险监测制度，对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。选项 B 正确。国务院卫生行政部门会同国务院有关部



门制定、实施国家食品安全风险监测计划。选项 C 正确。国务院卫生行政部门通过食品安全风险监测或者接到举报发现食品可能存在安全隐患的,应当立即组织进行检验和食品安全风险评估。选项 D 错误。食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。

### 重点法条

**第十三条** 国家建立食品安全风险评估制度,对食品、食品添加剂中生物性、化学性和物理性危害进行风险评估。

国务院卫生行政部门负责组织食品安全风险评估工作,成立由医学、农业、食品、营养等方面的专家组成的食品安全风险评估专家委员会进行食品安全风险评估。

对农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等的安全性评估,应当有食品安全风险评估专家委员会的专家参加。

食品安全风险评估应当运用科学方法,根据食品安全风险监测信息、科学数据以及其他有关信息进行。

### 法条精解

本条规定了食品安全风险评估制度。需要注意的是:

1. 国务院卫生行政部门负责组织食品安全风险评估工作,进行具体食品安全风险评估工作的是安全风险评估专家委员会。

2. 食品安全风险评估应当运用科学方法,根据食品安全风险监测信息、科学数据以及其他有关信息进行。

3. 食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。

4. 食品安全风险评估结果得出食品不安全结论的,国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门应当依据各自职责立即采取相应措施,确保该食品停止生产经营,并告知消费者停止食用;需要制定、修订相关食品安全国家标准的,国务院卫生行政部门应当立即制定、修订。

### 重点法条

**第二十一条** 食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布,国务院标准化行政部门提供国家标准编号。

食品中农药残留、兽药残留的限量规定及其检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定。

屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。

有关产品国家标准涉及食品安全国家标准规定内容的,应当与食品安全国家标准相一致。

#### 【关联法条】

#### 《食品安全法》

**第二十四条** 没有食品安全国家标准的,可以制定食品安全地方标准。

省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门组织制定食品安全地方标准,应当参照执行本法有关食品安全国家标准制定的规定,并报国务院卫生行政部门备案。

**第二十五条** 企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的,应当制定企业标准,作为组织生产的依据。国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案,在本企业内部适用。

### 法条精解

本条规定了食品安全标准。

1. 食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定。

2. 没有国家标准的,省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门可以组织制定食品安全地方标准,但应当向国务院卫生行政部门备案。

3. 企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的,应当制定企业标准。

4. 国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案,在本企业内部适用。



**重点法条**

第二十九条 国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品流通、餐饮服务，应当依法取得食品生产许可、食品流通许可、餐饮服务许可。

取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品，不需要取得食品流通的许可；取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品，不需要取得食品生产和流通的许可；农民个人销售其自产的食用农产品，不需要取得食品流通的许可。

食品生产加工小作坊和食品摊贩从事食品生产经营活动，应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求，保证所生产经营的食品卫生、无毒、无害，有关部门应当对其加强监督管理，具体管理办法由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会依照本法制定。

**法条精解**

本条规定了食品生产经营许可制度。需要注意的是：

1. 对于农民个人销售其自产的食用农产品，不需要取得食品流通的许可。
2. 对食品生产加工小作坊和食品摊贩从事食品生产经营活动的监督管理。
3. 取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品，不需要取得食品流通的许可。
4. 取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品，不需要取得食品生产和流通的许可。

**重点法条**

第三十四条 食品生产经营者应当建立并执行从业人员健康管理制度。患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎等消化道传染病的人员，以及患有活动性肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病等有碍食品安全的疾病的人员，不得从事接触直接入口食品的工作。

食品生产经营人员每年应当进行健康检查，取得健康证明后方可参加工作。

**法条精解**

本条规定了食品从业人员健康管理制度。食品生产经营人员从业需要取得健康证。

**重点法条**

第三十七条 食品生产企业应当建立食品出厂检验记录制度，查验出厂食品的检验合格证和安全状况，并如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期、生产批号、检验合格证号、购货者名称及联系方式、销售日期等内容。

食品出厂检验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

**法条精解**

本条规定了企业食品出厂检验记录制度。注意该检验记录保存期限不得少于2年。

**重点法条**

第四十六条 食品生产者应当依照食品安全标准关于食品添加剂的品种、使用范围、用量的规定使用食品添加剂；不得在食品生产中使用食品添加剂以外的化学物质或者其他可能危害人体健康的物质。

**【关联法条】****《食品安全法》**

第四十七条 食品添加剂应当有标签、说明书和包装。标签、说明书应当载明本法第四十二条第一款第一项至第六项、第八项、第九项规定的事项，以及食品添加剂的使用范围、用量、使用方法，并在标签上载明“食品添加剂”字样。

**法条精解**

本条规定了对食品添加剂的管理。需要注意的是：

1. 食品生产者应当依照食品安全标准关于食品添加剂的品种、使用范围、用量的规定使用食品添加剂。
2. 不得在食品生产中使用食品添加剂以外的化学物质或者其他可能危害人体健康的物质。
3. 食品添加剂必须在标签上载明。

## 重点法条

第五十三条 国家建立食品召回制度。食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准，应当立即停止生产，召回已经上市销售的食品，通知相关生产经营者和消费者，并记录召回和通知情况。

食品经营者发现其经营的食品不符合食品安全标准，应当立即停止经营，通知相关生产经营者和消费者，并记录停止经营和通知情况。食品生产者认为应当召回的，应当立即召回。

食品生产者应当对召回的食品采取补救、无害化处理、销毁等措施，并将食品召回和处理情况向县级以上质量监督部门报告。

食品生产经营者未依照本条规定召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品的，县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门可以责令其召回或者停止经营。

## 法条精解

本条规定了食品召回制度。

1. 食品召回的主体是生产者。
2. 负责监督的是县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门。
3. 对召回的食品应当采取补救、无害化处理、销毁等措施。

## 重点法条

第六十条 食品安全监督管理部门对食品不得实施免检。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当对食品进行定期或者不定期的抽样检验。进行抽样检验，应当购买抽取的样品，不收取检验费和其他任何费用。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在执法工作中需要对食品进行检验的，应当委托符合本法规定的食品检验机构进行，并支付相关费用。对检验结论有异议的，可以依法进行复检。

## 法条精解

本条需要注意的是对于食品不得实施免检制度。

1. 县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当对食品进行定期或者不定期的抽样检验。进行抽样检验，应当购买抽取的样品，不收取检验费和其他任何费用。

2. 县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在执法工作中需要对食品进行检验的，应当委托符合本法规定的食品检验机构进行，并支付相关费用。对检验结论有异议的，可以依法进行复检。

## 重点法条

第七十条 国务院组织制定国家食品安全事故应急预案。

县级以上地方人民政府应当根据有关法律、法规的规定和上级人民政府的食品安全事故应急预案以及本地区的实际情况，制定本行政区域的食品安全事故应急预案，并报上一级人民政府备案。

食品生产经营企业应当制定食品安全事故处置方案，定期检查本企业各项食品安全防范措施的落实情况，及时消除食品安全事故隐患。

### 【关联法条】

### 《食品安全法》

第七十三条 发生重大食品安全事故，设区的市级以上人民政府卫生行政部门应当立即会同有关部门进行事故责任调查，督促有关部门履行职责，向本级人民政府提出事故责任调查处理报告。

重大食品安全事故涉及两个以上省、自治区、直辖市的，由国务院卫生行政部门依照前款规定组织事故责任调查。

## 法条精解

本条规定了食品安全事故的处置。



1. 安全事故应急预案由国务院组织制定。
2. 县级以上卫生行政部门接到食品安全事故的报告后,应当立即会同有关农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门进行调查处理,并采取下列措施,防止或者减轻社会危害:
  - (1) 开展应急救援工作,对因食品安全事故导致人身伤害的人员,卫生行政部门应当立即组织救治;
  - (2) 封存可能导致食品安全事故的食品及其原料,并立即进行检验;对确认属于被污染的食品及其原料,责令食品生产经营者依照《食品安全法》第53条的规定予以召回、停止经营并销毁;
  - (3) 封存被污染的食品用工具及用具,并责令进行清洗消毒;
  - (4) 做好信息发布工作,依法对食品安全事故及其处理情况进行发布,并对可能产生的危害加以解释、说明。
3. 发生重大食品安全事故的,县级以上人民政府应当立即成立食品安全事故处置指挥机构,启动应急预案,依照前款规定进行处置。
4. 发生重大食品安全事故,设区的市级以上人民政府卫生行政部门应当立即会同有关部门进行事故责任调查,督促有关部门履行职责,向本级人民政府提出事故责任调查报告。

## 重点法条

第八十二条 国家建立食品安全信息统一公布制度。下列信息由国务院卫生行政部门统一公布:

- (一) 国家食品安全总体情况;
- (二) 食品安全风险评估信息和食品安全风险警示信息;
- (三) 重大食品安全事故及其处理信息;
- (四) 其他重要的食品安全信息和国务院确定的需要统一公布的信息。

前款第二项、第三项规定的信息,其影响限于特定区域的,也可以由有关省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门公布。县级以上农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门依据各自职责公布食品安全日常监督管理信息。

食品安全监督管理部门公布信息,应当做到准确、及时、客观。

## 法条精解

本条规定了食品安全信息统一公布制度。所列信息由国务院卫生行政部门统一公布。需要公开的信息包括:

1. 国家食品安全总体情况。
2. 食品安全风险评估信息和食品安全风险警示信息。
3. 重大食品安全事故及其处理信息。
4. 其他重要的食品安全信息和国务院确定的需要统一公布的信息。

# 《商业银行法》

## 重点法条

第三条 商业银行可以经营下列部分或者全部业务:

- (一) 吸收公众存款;
- (二) 发放短期、中期和长期贷款;
- (三) 办理国内外结算;
- (四) 办理票据承兑与贴现;
- (五) 发行金融债券;
- (六) 代理发行、代理兑付、承销政府债券;
- (七) 买卖政府债券、金融债券;
- (八) 从事同业拆借;
- (九) 买卖、代理买卖外汇;
- (十) 从事银行卡业务;





- (十一) 提供信用证服务及担保;
  - (十二) 代理收付款项及代理保险业务;
  - (十三) 提供保管箱服务;
  - (十四) 经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务。
- 经营范围由商业银行章程规定,报国务院银行业监督管理机构批准。
- 商业银行经中国人民银行批准,可以经营结汇、售汇业务。

### 法条精解

本条规定了商业银行的业务。商业银行的业务可以分为三类:

1. 负债业务:组织资金来源的业务,如存款。
2. 资产业务:运用资金的业务,如发放贷款、对外投资。
3. 中间业务:不运用自有资金,代理客户承办委托事项收取手续费的业务。

需要注意的是,商业银行的经营范围由国务院银行业监督管理机构批准,结汇、售汇业务由中国人民银行批准。

### 重点法条

**第四条** 商业银行以安全性、流动性、效益性为经营原则,实行自主经营,自担风险,自负盈亏,自我约束。

商业银行依法开展业务,不受任何单位和个人的干涉。

商业银行以其全部法人财产独立承担民事责任。

### 法条精解

本条规定了商业银行的经营原则。

1. 重点熟悉商业银行经营的三性原则和四自方针。
2. 商业银行依法开展业务,不受任何单位和个人的干涉。
3. 商业银行以其全部法人财产独立承担民事责任。

### 真题示例

(2004-1-65) 某商业银行发放的下列贷款,哪些应计入不良贷款?

- A. 甲公司的一笔流动资金贷款于本周到期,现银行同意其展延还款期1个月
- B. 乙公司的一笔房地产项目贷款于2005年6月到期,2004年7月该项目因资金短缺而停建
- C. 丙公司的一笔委托贷款于2005年9月到期,2004年7月该公司已进入破产清算程序
- D. 丁公司的一笔拖欠多年的固定资产贷款,现已按规定以呆账准备金予以冲销

**答案:** BC。

**解析:**《贷款通则》第34条规定:不良贷款系指呆账贷款、呆滞贷款、逾期贷款。呆账贷款系指按财政部有关规定列为呆账的贷款。呆滞贷款,系指按财政部有关规定,逾期(含展期后到期)超过规定年限以上仍未归还的贷款,或虽未逾期或逾期不满规定年限但生产经营已终止、项目已停建的贷款(不含呆账贷款)。逾期贷款系指借款合同约定到期(含展期后到期)未归还的贷款(不含呆滞贷款和呆账贷款)。A项中银行同意其展延还款期1个月,并未出现展期后到期超过规定年限以上仍未归还的贷款的情况,不构成呆滞贷款,故不属于不良贷款。B项中的贷款属于虽未逾期但生产经营项目已停建的贷款,C项中的贷款属于虽未逾期但生产经营已经终止的贷款,构成呆滞贷款,故属于不良贷款。A项中的固定资产贷款虽拖欠多年,但现已按规定以呆账准备金予以冲销,故不属于不良贷款。

### 重点法条

**第十二条** 设立商业银行,应当具备下列条件:

- (一) 有符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程;
- (二) 有符合本法规定的注册资本最低限额;
- (三) 有具备任职专业知识和业务工作经验的董事、高级管理人员;



- (四) 有健全的组织机构和管理制度；  
(五) 有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。

设立商业银行，还应当符合其他审慎性条件。

### 【关联法条】

#### 《商业银行法》

第十一条 设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。

未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样。

### 法条精解

本条规定了商业银行的设立条件。需要注意的是：

1. 设立商业银行必须经银监会批准。设立全国性商业银行的注册资本最低限额为 10 亿元人民币。
2. 设立城市商业银行的注册资本最低限额为 1 亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为 5000 万元人民币。这里的注册资本应当是实缴资本。
3. 国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求可以调整注册资本最低限额，但不得少于上述规定的限额。

### 重点法条

第十九条 商业银行根据业务需要可以在中华人民共和国境内外设立分支机构。设立分支机构必须经国务院银行业监督管理机构审查批准。在中华人民共和国境内的分支机构，不按行政区划设立。

商业银行在中华人民共和国境内设立分支机构，应当按照规定拨付与其经营规模相适应的营运资金额。拨付各分支机构营运资金额的总和，不得超过总行资本金总额的百分之六十。

### 【关联法条】

#### 《商业银行法》

第二十三条 经批准设立的商业银行及其分支机构，由国务院银行业监督管理机构予以公告。

商业银行及其分支机构自取得营业执照之日起无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，由国务院银行业监督管理机构吊销其经营许可证，并予以公告。

### 法条精解

本条是对商业银行设立分支机构的规定。需要注意的是：

1. 设立分支机构应当经过银监会批准。
2. 注意在对分支机构拨付营运资金额时，总和不得超过总行资本金总额的 60%。
3. 此外还要注意的是商业银行及其分支机构自取得营业执照之日起无正当理由超过 6 个月未开业或者自行停业连续 6 个月以上的后果是吊销许可证并公告。

### 真题示例

(2005 - 1 - 75) 下列哪些活动须经国务院银行业监督管理机构批准？

- |               |               |
|---------------|---------------|
| A. 商业银行的设立    | B. 商业银行开办分支机构 |
| C. 商业银行的分立、合并 | D. 商业银行的解散    |

答案：ABCD。

解析：本题考察的是银监会的职权。根据《商业银行法》第 11 条的规定，商业银行的设立需要银监会的批准，由此 A 项正确。而根据《商业银行法》第 19 条的规定，商业银行分支机构的设立也需要银监会的批准，由此 B 项正确。《商业银行法》第 25 条和第 69 条分别规定了商业银行的分立、合并和解散需要银监会的批准，因此 C 选项和 D 选项都是正确的。

### 重点法条

第二十二条 商业银行对其分支机构实行全行统一核算，统一调度资金，分级管理的财务制度。

商业银行分支机构不具有法人资格，在总行授权范围内依法开展业务，其民事责任由总行承担。



## 法条精解

本条规定了商业银行的财务制度。

1. 我国商业银行采用的是统一核算，统一调度资金，分级管理的财务制度。
2. 需要注意的是分支机构的民事责任由总行承担。

## 重点法条

第二十八条 任何单位和个人购买商业银行股份总额百分之五以上的，应当事先经国务院银行业监督管理机构批准。

## 法条精解

商业银行大股东持股比例限制比较严格，根据本条规定，购买5%以上的股份的，应当事先经过批准。

## 重点法条

第二十九条 商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。

对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外。

### 【关联法条】

#### 《商业银行法》

第三十条 对单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询，但法律、行政法规另有规定的除外；有权拒绝任何单位或者个人冻结、扣划，但法律另有规定的除外。

## 法条精解

本条规定了对存款人的保护。

1. 个人储蓄存款业务原则是存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密。
2. 注意在没有法律特别规定的情况下，对于个人和单位的存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划。
3. 需要区别的是在行政法规另有规定的情况下，有关单位或者个人可以查询单位的存款。

## 重点法条

第三十五条 商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。商业银行贷款，应当实行审贷分离、分级审批的制度。

## 法条精解

本条需要注意的是商业银行贷款业务实行审贷分离、分级审批的制度。

## 真题示例

(2008-1-23) 关于商业银行贷款法律制度，下列哪一选项是错误的？

- A. 商业银行贷款应当实行审贷分离、分级审批的制度
- B. 商业银行可以根据贷款数额以及贷款期限，自行确定贷款利率
- C. 商业银行贷款，应当遵守资本充足率不得低于百分之八的规定
- D. 商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查

答案：B。

解析：根据《商业银行法》第35条第2款的规定的审贷分离，分级审批的制度，A选项是正确的。《商业银行法》第38条规定商业银行应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率，所以B是错误的。C选项符合《商业银行法》第39条第1项的规定的商业银行资本充足率不得低于8%的规定，不应选。D选项符合《商业银行法》第35条第1款的规定，所以D是正确的，不应选。因此本题应选B。



## 重点法条

第三十六条 商业银行贷款，借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。

经商业银行审查、评估，确认借款人资信良好，确能偿还贷款的，可以不提供担保。

## 法条精解

本条规定了借款人应当提供担保。可以不提供担保的条件是：

1. 经商业银行审查、评估，确认借款人资信良好，确能偿还贷款。
2. 可以不提供担保的贷款人不能是商业银行关系人。

## 重点法条

第三十九条 商业银行贷款，应当遵守下列资产负债比例管理的规定：

- (一) 资本充足率不得低于百分之八；
- (二) 贷款余额与存款余额的比例不得超过百分之七十五；
- (三) 流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于百分之二十五；
- (四) 对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过百分之十；
- (五) 国务院银行业监督管理机构对资产负债比例管理的其他规定。

本法施行前设立的商业银行，在本法施行后，其资产负债比例不符合前款规定的，应当在一定的期限内符合前款规定。具体办法由国务院规定。

## 法条精解

本条规定了对商业银行的资产负债比例管理。

1. 前4项的比例需要准确记忆。
2. 所谓资本充足率是指资本总额与加权风险资产总额的比例。资本充足率反映商业银行在存款人和债权人的资产遭到损失之前，该银行能以自有资本承担损失的程度。
3. 规定该项指标的目的在于抑制风险资产的过度膨胀，保护存款人和其他债权人的利益、保证银行等金融机构正常运营和发展。
4. 资本充足率有不同的口径，主要比率有资本对存款的比率、资本对负债的比率、资本对总资产的比率、资本对风险资产的比率等。
5. 作为国际银行监督管理基础的《巴塞尔协议》规定，资本充足率以资本对风险加权资产的比率来衡量，其目标标准比率为8%。我国商业银行法上所称的资本充足率是根据巴塞尔协议的规定口径来计算的。

## 重点法条

第四十条 商业银行不得向关系人发放信用贷款；向关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件。

前款所称关系人是指：

- (一) 商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属；
- (二) 前项所列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。

## 法条精解

本条规定了对关系人贷款的限制。

1. 对关系人不得发放信用贷款，即使是资信良好，确能偿还贷款的关系人。
2. 对关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件。
3. 本条所指的关系人包括：
  - (1) 商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属；
  - (2) 商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。



## 真题示例

(2006-1-27) 根据《商业银行法》的规定, 商业银行不得向关系人发放信用贷款。下列哪一类人属于该规定所指的关系人?

- A. 商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属
- B. 与商业银行有业务往来的非银行金融机构的董事、监事和高级管理人员
- C. 甲商业银行的上级主管部门的负责人及其近亲属
- D. 商业银行的客户企业的董事、监事和高级管理人员

答案: A。

解析: 根据《商业银行法》第 40 条的规定, 可以直接得出答案。本题难度不大, 主要考察的还是对法条的识记。

## 重点法条

第四十二条 借款人应当按期归还贷款的本金和利息。

借款人到期不归还担保贷款的, 商业银行依法享有要求保证人归还贷款本金和利息或者就该担保物优先受偿的权利。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权, 应当自取得之日起二年内予以处分。

借款人到期不归还信用贷款的, 应当按照合同约定承担责任。

## 法条精解

本条需要注意的是商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权, 应当自取得之日起 2 年内予以处分。该 2 年的年限是修订后的规定, 需要注意。

## 重点法条

第四十三条 商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务, 不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资, 但国家另有规定的除外。

## 法条精解

本条规定了商业银行业务的禁止, 体现了我国金融业分业经营的原则, 商业银行在没有另外的规定的情况下也不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资。

## 重点法条

第四十六条 同业拆借, 应当遵守中国人民银行的规定。禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资。

拆出资金限于交足存款准备金、留足备付金和归还中国人民银行到期贷款之后的闲置资金。拆入资金用于弥补票据结算、联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要。

## 法条精解

本条规定了商业银行同业拆借的规则。

1. 同业拆借是指商业银行之间为了调剂资金余缺, 利用资金融通过程的时间差、空间差、行际差来调剂资金而进行的短期借贷。
2. 修订后的商业银行法取消了拆借期不得超过 4 个月的规定, 改由人民银行规定。
3. 拆入资金只能用于弥补票据结算、联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要。
4. 拆出行的拆出金限于闲置资金。

## 重点法条

第六十四条 商业银行已经或者可能发生信用危机, 严重影响存款人的利益时, 国务院银行业监督管理机构可以对该银行实行接管。

接管的目的是对被接管的商业银行采取必要措施, 以保护存款人的利益, 恢复商业银行的正常经营能力。被接管的商业银行的债权债务关系不因接管而变化。





## 法条精解

本条规定了对商业银行的接管。

1. 接管的条件是商业银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人的利益。
2. 接管的目的在于保护存款人的利益，恢复商业银行的正常经营能力。
3. 注意商业银行的债权债务关系不因接管而变化。

## 重点法条

第六十七条 接管期限届满，国务院银行业监督管理机构可以决定延期，但接管期限最长不得超过二年。

## 法条精解

本条需要注意的是接管的最长期限是2年。

## 重点法条

第六十八条 有下列情形之一的，接管终止：

- (一) 接管决定规定的期限届满或者国务院银行业监督管理机构决定的接管延期届满。
- (二) 接管期限届满前，该商业银行已恢复正常经营能力。
- (三) 接管期限届满前，该商业银行被合并或者被依法宣告破产。

## 法条精解

本条规定了接管终止的三种情形，即：

1. 接管决定规定的期限届满或者国务院银行业监督管理机构决定的接管延期届满。
2. 接管期限届满前，该商业银行已恢复正常经营能力。
3. 接管期限届满前，该商业银行被合并或者被依法宣告破产。

## 重点法条

第七十一条 商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。

商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。

## 法条精解

本条规定了商业银行的破产。

1. 注意商业银行的破产与一般企业破产的区别，商业银行破产需要经过国务院银行业监督管理机构同意。
2. 对破产商业银行的清算由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组进行。
3. 破产商业银行的最后分配时在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息，这点也要注意，这里是对个人储户的特别保护。

## 真题示例

(2005-1-27) 根据《中华人民共和国商业银行法》的规定，商业银行破产清算时的财产分配适用下列哪一种顺序？

- A. 清算费用，所欠职工工资和劳动保险费用，个人储蓄存款的本金和利息
- B. 清算费用，个人储蓄存款的本金和利息，所欠职工工资和劳动保险费用
- C. 个人储蓄存款的本金和利息，清算费用，所欠职工工资和劳动保险费用
- D. 所欠职工工资和劳动保险费用，清算费用，个人储蓄存款的本金和利息

答案：A。

解析：本题考察的是《商业银行法》第71条的规定。A选项为法律规定，是正确选项。



# 《银行业监督管理法》

## 重点法条

第二条 国务院银行业监督管理机构负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作。

本法所称银行业金融机构，是指在中华人民共和国境内设立的商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行。

对在中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构的监督管理，适用本法对银行业金融机构监督管理的规定。

国务院银行业监督管理机构依照本法有关规定，对经其批准在境外设立的金融机构以及前二款金融机构在境外的业务活动实施监督管理。

### 【关联法条】

#### 《银行业监督管理法》

第六条 国务院银行业监督管理机构应当和中国人民银行、国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制。

## 法条精解

本条规定了《银行业监督管理法》的适用范围。

1. 应当明确的是我国的银行业金融机构包括商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社、政策性银行和金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司等。

2. 上述银行业金融机构的共同特点在于都具有存贷或者融资的经营范围。

## 真题示例

1. (2004-1-22) 根据我国《银行业监督管理法》的规定，在我国境内设立的下列哪一机构不属于银行业监督管理的对象？

A. 农村信用合作社

B. 财务公司

C. 信托投资公司

D. 证券公司

答案：D。

解析：根据《银行业监督管理法》第2条的规定，该法的使用对象除了商业银行、农村信用合作社、城市信用合作社、政策性银行以外，还适用于金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司，这些公司都具有存贷或者融资的经营范围。D项所述的证券公司业务不具有融资的性质，由国务院证券监督管理机构负责监督管理。所以本题的正确选项是D。

2. (2007-1-67) 根据《银行业监督管理法》的规定，国务院银行业监督管理机构应当与下列哪些机构建立监督管理信息共享机制？

A. 中国人民银行

B. 国家工商行政管理总局

C. 国务院证券监督管理机构

D. 国务院保险监督管理机构

答案：ACD。

解析：本题可以根据《银行业监督管理法》第6条直接得出答案，难度不大。我国金融监管机构共三家，即银监会、证监会和保监会。

## 重点法条

第八条 国务院银行业监督管理机构根据履行职责的需要设立派出机构。国务院银行业监督管理机构对派出机构实行统一领导和管理。

国务院银行业监督管理机构的派出机构在国务院银行业监督管理机构的授权范围内，履行监督管理职责。

## 法条精解

本条规定了国务院银行业监督管理机构的排除机构。





1. 我国目前中央一级的银行业监督管理机构是指银监会。
2. 省级派出机构为银监局，地市级为银监分局。
3. 注意青岛市等特设的地市的派出机构为银监局。

### 重点法条

第十条 银行业监督管理机构工作人员，应当忠于职守，依法办事，公正廉洁，不得利用职务便利牟取不正当的利益，不得在金融机构等企业中兼任职务。

#### 【关联法条】

#### 《银行业监督管理法》

第十一条 银行业监督管理机构工作人员，应当依法保守国家秘密，并有责任为其监督管理的银行业金融机构及当事人保守秘密。

国务院银行业监督管理机构同其他国家或者地区的银行业监督管理机构交流监督管理信息，应当就信息保密作出安排。

### 法条精解

本条规定了银行业监督管理机构工作人员的义务，需要注意的是：

1. 不得利用职务便利牟取不正当的利益。
2. 不得在金融机构等企业中兼任职务。
3. 依法保守国家秘密，并有责任为其监督管理的银行业金融机构及当事人保守秘密。

### 重点法条

第十五条 国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规制定并发布对银行业金融机构及其业务活动监督管理的规章、规则。

### 法条精解

本条规定了国务院银行业监督管理机构发布规章、规则的权利。其发布规章、规则的范围限于对银行业金融机构及其业务活动的监督管理。

### 重点法条

第十六条 国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规规定的条件和程序，审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止以及业务范围。

#### 【关联法条】

#### 《银行业监督管理法》

第二十二条 国务院银行业监督管理机构应当在规定的期限，对下列申请事项作出批准或者不批准的书面决定；决定不批准的，应当说明理由：

- （一）银行业金融机构的设立，自收到申请文件之日起六个月内；
- （二）银行业金融机构的变更、终止，以及业务范围和增加业务范围内的业务品种，自收到申请文件之日起三个月内；
- （三）审查董事和高级管理人员的任职资格，自收到申请文件之日起三十日内。

### 法条精解

本条规定了国务院银行业监督管理机构对银行业金融机构的审批权，包括：

1. 银行业金融机构的设立。
2. 变更、终止以及业务范围。
3. 审查董事和高级管理人员的任职资格等。

### 重点法条

第二十一条 银行业金融机构的审慎经营规则，由法律、行政法规规定，也可以由国务院银行业监督

管理机构依照法律、行政法规制定。

前款规定的审慎经营规则，包括风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等内容。

银行业金融机构应当严格遵守审慎经营规则。

### 法条精解

本条规定了国务院银行业监督管理机构对银行业金融机构审慎经营规则的制定权。审慎经营规则的内容包括风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等。

### 重点法条

第二十三条 银行业监督管理机构应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行非现场监管，建立银行业金融机构监督管理信息系统，分析、评价银行业金融机构的风险状况。

#### 【关联法条】

#### 《银行业监督管理法》

第二十四条 银行业监督管理机构应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行现场检查。

国务院银行业监督管理机构应当制定现场检查程序，规范现场检查行为。

第二十五条 国务院银行业监督管理机构应当对银行业金融机构实行并表监督管理。

### 法条精解

本条规定了国务院银行业监督管理机构的监管措施。

1. 国务院银行业监督管理机构的监管措施包括非现场监管和现场检查。

2. 此外，还应当对银行业金融机构进行并表监管，并表监管是对跨国银行监管的一个重要原则，特别是对国外分行、附属机构和合资机构的各项业务进行充分的检测，并要求其遵守审慎经营的原则。

### 重点法条

第二十八条 国务院银行业监督管理机构应当建立银行业突发事件的发现、报告岗位责任制度。

银行业监督管理机构发现可能引发系统性银行业风险、严重影响社会稳定的突发事件的，应当立即向国务院银行业监督管理机构负责人报告；国务院银行业监督管理机构负责人认为需要向国务院报告的，应当立即向国务院报告，并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。

### 法条精解

本条需要注意的是第2款，发现可能引发系统性银行业风险、严重影响社会稳定的突发事件时，首先向国务院银行业监督管理机构负责人报告，国务院银行业监督管理机构负责人认为需要向国务院报告的，这里向国务院报告不是必须履行的，而是在其认为需要时，才向国务院报告并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。这里对国务院是报告，对有关部门是履行告知义务。

### 真题示例

（2008-1-22）某省银行业监督管理局依法对某城市商业银行进行现场检查时，发现该行有巨额非法票据承兑，可能引发系统性银行业风险。根据《银行业监督管理法》的规定，应当立即向下列何人报告？

A. 该省人民政府主管金融工作的负责人

B. 国务院主管金融工作的负责人

C. 中国人民银行负责人

D. 国务院银行业监督管理机构负责人

答案：D。

解析：根据《银行业监督管理法》第28条的规定，当某省银行业监督管理局依法对某城市商业银行进行现场检查，发现该行存在可能引发系统性银行业风险的巨额非法票据承兑现象时，首先应该向国务院银行业监督管理机构负责人报告，只有国务院银行业监督管理机构负责人认为需要向国务院报告的，该事实才会上报国务院，并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。所以本题应选D。

### 重点法条

第三十四条 银行业监督管理机构根据审慎监管的要求，可以采取下列措施进行现场检查：



- (一) 进入银行业金融机构进行检查；
- (二) 询问银行业金融机构的工作人员，要求其对有关检查事项作出说明；
- (三) 查阅、复制银行业金融机构与检查事项有关的文件、资料，对可能被转移、隐匿或者毁损的文件、资料予以封存；
- (四) 检查银行业金融机构运用电子计算机管理业务数据的系统。

进行现场检查，应当经银行业监督管理机构负责人批准。现场检查时，检查人员不得少于二人，并应当出示合法证件和检查通知书；检查人员少于二人或者未出示合法证件和检查通知书的，银行业金融机构有权拒绝检查。

法条精解

- 本条规定了银行业监督管理机构进行现场检查的措施。需要注意的是：
- 1. 银行业监督管理机构有权查阅、复制银行业金融机构与检查事项有关的文件、资料，对可能被转移、隐匿或者毁损的文件、资料予以封存。
  - 2. 银行业监督管理机构有权检查银行业金融机构运用电子计算机管理业务数据的系统。
  - 3. 进行现场检查，应当经银行业监督管理机构负责人批准。现场检查时，检查人员不得少于2人，并应当出示合法证件和检查通知书；检查人员少于2人或者未出示合法证件和检查通知书的，银行业金融机构有权拒绝检查。

重点法条

第三十七条 银行业金融机构违反审慎经营规则的，国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构应当责令限期改正；逾期未改正的，或者其行为严重危及该银行业金融机构的稳健运行、损害存款人和其他客户合法权益的，经国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构负责人批准，可以区别情形，采取下列措施：

- (一) 责令暂停部分业务、停止批准开办新业务；
- (二) 限制分配红利和其他收入；
- (三) 限制资产转让；
- (四) 责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利；
- (五) 责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利；
- (六) 停止批准增设分支机构。

银行业金融机构整改后，应当向国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提交报告。国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构经验收，符合有关审慎经营规则的，应当自验收完毕之日起3日内解除对其采取的前款规定的有关措施。

法条精解

本条规定了对银行业金融机构违反审慎经营规则的处罚措施。对于银行业监督管理机构可以采取的处罚措施应当重点记忆。

真题示例

(2004-1-64) 根据《银行业监督管理法》的规定，银行业金融机构违反审慎经营规则且逾期未改正的，国务院银行业监督管理机构可以对其采取下列哪些措施？

- A. 限制资产转让
- B. 限制分配红利
- C. 责令暂停部分业务
- D. 促成机构重组

答案：ABC。

解析：根据《银行业监督管理法》第37条的规定，ABC三选项均是符合该条规定的，应选。D选项中，国务院银行业监督管理机构有权促成银行业金融机构重组的适用条件是银行业金融机构发生或者可能发生信用危机并严重影响存款人或者其他客户合法权益的情形，由此可见，当银行业金融机构仅是违反审慎经营规则时，国务院银行业监督管理机构无权对其促成重组。因此D选项是错误的。这里一定要注意银行业监督管理机构促成机构重组的适用情形。



## 重点法条

第三十九条 银行业金融机构有违法经营、经营管理不善等情形，不予撤销将严重危害金融秩序、损害公众利益的，国务院银行业监督管理机构有权予以撤销。

## 法条精解

本条规定了国务院银行业监督管理机构对有违法经营、经营管理不善情形的银行业金融机构的撤销权。注意该撤销权应当在不予撤销将严重危害金融秩序、损害公众利益的情形下实施。

## 重点法条

第四十条 银行业金融机构被接管、重组或者被撤销的，国务院银行业监督管理机构有权要求该银行业金融机构的董事、高级管理人员和其他工作人员，按照国务院银行业监督管理机构的要求履行职责。

在接管、机构重组或者撤销清算期间，经国务院银行业监督管理机构负责人批准，对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，可以采取下列措施：

（一）直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员出境将对国家利益造成重大损失的，通知出境管理机关依法阻止其出境；

（二）申请司法机关禁止其转移、转让财产或者对其财产设定其他权利。

## 法条精解

本条规定了国务院银行业监督管理机构对被接管、重组或者被撤销的银行业金融机构的董事、高级管理人员和其他工作人员可以采取的措施。重点记忆措施的内容和实施条件。

## 真题示例

（2009 - 1 - 96）在作出对该银行的行政处置决定后，负责处置的机构对该银行的人员采取了以下措施，其中符合法律规定的是：

- A. 对该行全体人员发出通知，要求各自坚守岗位，认真履行职责
- B. 该行副行长邱某、薛某持有出境旅行证件却拒不交出。对此，通知出境管理机关阻止其出境
- C. 该行董事范某欲抛售其持有的一批股票。对此，申请司法机关禁止其转让股票
- D. 该行会计师余某欲将自己的一处房屋转让给他人。对此，通知房产管理部门停止办理该房屋的过户登记

答案：ABC。

解析：A 选项的行为符合《银行业监督管理法》第 40 条第 1 款的规定，是正确的。B 选项是根据该条第 2 款第 1 项，C 选项符合该条第 2 款第 2 项，均是应选项。D 选项中的会计师不属于直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，因此禁止其转让其自有房屋是不符合法律规定的，是错误选项，不应选。

# 《企业所得税法》

## 重点法条

第二条 企业分为居民企业和非居民企业。

本法所称居民企业，是指依法在中国境内成立，或者依照外国（地区）法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。

本法所称非居民企业，是指依照外国（地区）法律成立且实际管理机构不在中国境内，但在中国境内设立机构、场所的，或者在中国境内未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。

### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第三条 企业所得税法第二条所称依法在中国境内成立的企业，包括依照中国法律、行政法规在中国境内成立的企业、事业单位、社会团体以及其他取得收入的组织。





企业所得税法第二条所称依照外国（地区）法律成立的企业，包括依照外国（地区）法律成立的企业和其他取得收入的组织。

### 法条精解

本条规定了居民企业和非居民企业，这是必须要准确区分和记忆的。

1. 居民企业，是指依法在中国境内成立，或者依照外国（地区）法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。
2. 非居民企业是指依照外国（地区）法律成立且实际管理机构不在中国境内，但在中国境内设立机构、场所的，或者在中国境内未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。
3. 实际管理机构，是指对企业的生产经营、人员、账务、财产等实施实质性全面管理和控制的机构。
4. 同时还要注意的一个问题是个人独资企业和合伙企业不缴纳企业所得税，而是对个人独资企业的出资人和合伙企业的合伙人征收个人所得税。

### 真题示例

（2008-1-19）我国《企业所得税法》不适用于下列哪一种企业？

- A. 内资企业
- B. 外国企业
- C. 合伙企业
- D. 外商投资企业

答案：C。

解析：本题比较简单，根据《企业所得税法》第1条和第2条可以直接得出答案。第1条中明确规定合伙企业不适用《企业所得税法》，答案为C选项。

### 重点法条

第三条 居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税。

非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。

非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。

#### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第六条 企业所得税法第三条所称所得，包括销售货物所得、提供劳务所得、转让财产所得、股息红利等权益性投资所得、利息所得、租金所得、特许权使用费所得、接受捐赠所得和其他所得。

### 法条精解

本条规定了企业应纳税的所得的范围。

1. 对于居民企业，就其来源于中国境内、境外的所得征税。
2. 对于非居民企业，非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税，此种情况下的所得适用的税率是20%。
3. 非居民企业其他的应纳税所得与居民企业共同适用25%的税率。
4. 对于来源于中国境内的所得的确定，应当遵循以下原则确定：
  - （1）销售货物所得，按照交易活动发生地确定；
  - （2）提供劳务所得，按照劳务发生地确定；
  - （3）转让财产所得，不动产转让所得按照不动产所在地确定，动产转让所得按照转让动产的企业或者机构、场所所在地确定，权益性投资资产转让所得按照被投资企业所在地确定；
  - （4）股息、红利等权益性投资所得，按照分配所得的企业所在地确定；
  - （5）利息所得、租金所得、特许权使用费所得，按照负担、支付所得的企业或者机构、场所所在地确定，或者按照负担、支付所得的个人的住所地确定。

## 重点法条

第五条 企业每一纳税年度的收入总额，减除不征税收入、免税收入、各项扣除以及允许弥补的以前年度亏损后的余额，为应纳税所得额。

### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第十条 企业所得税法第五条所称亏损，是指企业依照企业所得税法和本条例的规定将每一纳税年度的收入总额减除不征税收入、免税收入和各项扣除后小于零的数额。

## 法条精解

本条规定了应税所得额的计算方法。注意：

1. 区分应税所得额并不是应纳税所得，明确应税所得额的概念和计算方法，即：收入总额 - （不征税收入 + 免税收入 + 各项扣除 + 允许弥补的以前年度亏损）。
2. 亏损，是指企业依照企业所得税法和本条例的规定将每一纳税年度的收入总额减除不征税收入、免税收入和各项扣除后小于零的数额。

## 重点法条

第六条 企业以货币形式和非货币形式从各种来源取得的收入，为收入总额。包括：

- （一）销售货物收入；
- （二）提供劳务收入；
- （三）转让财产收入；
- （四）股息、红利等权益性投资收益；
- （五）利息收入；
- （六）租金收入；
- （七）特许权使用费收入；
- （八）接受捐赠收入；
- （九）其他收入。

## 法条精解

本条规定了收入总额。

1. 所谓货币形式的收入包括现金、存款、应收账款、应收票据、准备持有至到期的债券投资以及债务的豁免等。非货币形式的收入包括固定资产、生物资产、无形资产、股权投资、存货、不准备持有至到期的债券投资、劳务以及有关权益等。
2. 对于非货币形式的收入额的确定应当以公允价值即市场价格确定。

## 重点法条

第七条 收入总额中的下列收入为不征税收入：

- （一）财政拨款；
- （二）依法收取并纳入财政管理的行政事业性收费、政府性基金；
- （三）国务院规定的其他不征税收入。

## 法条精解

本条规定的是不征税收入，在计算应税所得额的时候应当予以扣除。对于本条规定的不征税收入应当准确记忆。

1. 本条规定的财政拨款，是指各级人民政府对纳入预算管理的事业单位、社会团体等组织拨付的财政资金，但国务院和国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。
2. 本条规定的行政事业性收费，是指依照法律法规等有关规定，按照国务院规定程序批准，在实施社会公共管理，以及在向公民、法人或者其他组织提供特定公共服务过程中，向特定对象收取并纳入财政管理的费用。





3. 本条规定的政府性基金，是指企业依照法律、行政法规等有关规定，代政府收取的具有专项用途的财政资金。

4. 本条规定的国务院规定的其他不征税收入，是指企业取得的，由国务院财政、税务主管部门规定专项用途并经国务院批准的财政性资金。

### 重点法条

第八条 企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出，包括成本、费用、税金、损失和其他支出，准予在计算应纳税所得额时扣除。

#### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第二十七条 企业所得税法第八条所称有关的支出，是指与取得收入直接相关的支出。

企业所得税法第八条所称合理的支出，是指符合生产经营活动常规，应当计入当期损益或者有关资产成本的必要和正常的支出。

### 法条精解

本条规定了准予扣除的支出，包括成本、费用、税金、损失和其他支出。注意企业发生的支出应当区分收益性支出和资本性支出。

1. 收益性支出在发生当期直接扣除。
2. 资本性支出应当分期扣除或者计入有关资产成本，不得在发生当期直接扣除。

### 重点法条

第九条 企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额 12% 以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除。

#### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第五十一条 企业所得税法第九条所称公益性捐赠，是指企业通过公益性社会团体或者县级以上人民政府及其部门，用于《中华人民共和国公益事业捐赠法》规定的公益事业的捐赠。

### 法条精解

本条规定了对一定限额内的公益性捐赠的扣除。注意：

1. 公益性捐赠，是指企业通过公益性社会团体或者县级以上人民政府及其部门，用于《中华人民共和国公益事业捐赠法》规定的公益事业的捐赠。
2. 本项扣除限制在年度利润总额 12% 以内。

### 重点法条

第十条 在计算应纳税所得额时，下列支出不得扣除：

- （一）向投资者支付的股息、红利等权益性投资收益款项；
- （二）企业所得税税款；
- （三）税收滞纳金；
- （四）罚金、罚款和被没收财物的损失；
- （五）本法第九条规定以外的捐赠支出；
- （六）赞助支出；
- （七）未经核定的准备金支出；
- （八）与取得收入无关的其他支出。

### 法条精解

本条规定了不允许扣除的支出等。

1. 第 6 项所称赞助支出，是指企业发生的与生产经营活动无关的各种非广告性质支出。
2. 第 7 项所指的未经核定的准备金支出，是指不符合国务院财政、税务主管部门规定的各项资产减值

准备、风险准备等准备金支出。

3. 需要注意的还有对于企业纳税年度发生的亏损，准予向以后年度结转，用以后年度的所得弥补，但结转年限最长不得超过5年。

### 重点法条

第二十二条 企业的应纳税所得额乘以适用税率，减除依照本法关于税收优惠的规定减免和抵免的税额后的余额，为应纳税额。

#### 【关联法条】

#### 《企业所得税法》

第四条 企业所得税的税率为25%。

非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得，适用税率为20%。

#### 《企业所得税法实施条例》

第七十六条 企业所得税法第二十二条规定的应纳税额的计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{应纳税所得额} \times \text{适用税率} - \text{减免税额} - \text{抵免税额}$$

公式中的减免税额和抵免税额，是指依照企业所得税法和国务院的税收优惠规定减征、免征和抵免的应纳税额。

### 法条精解

本条规定了应纳税额的计算。注意企业所得税法统一以后内外资企业适用的税率都是25%。

### 重点法条

第二十三条 企业取得的下列所得已在境外缴纳的所得税税额，可以从其当期应纳税额中抵免，抵免限额为该项所得依照本法规定计算的应纳税额；超过抵免限额的部分，可以在以后五个年度内，用每年度抵免限额抵免当年应抵税额后的余额进行抵补：

（一）居民企业来源于中国境外的应税所得；

（二）非居民企业在中国境内设立机构、场所，取得发生在中国境外但与该机构、场所有实际联系的应税所得。

### 法条精解

本条规定了对于企业已在境外缴纳所得税的所得在征税时的抵免优惠。

1. 适用税收抵免优惠的所得是：

（1）居民企业来源于中国境外的应税所得；

（2）非居民企业在中国境内设立机构、场所，取得发生在中国境外但与该机构、场所有实际联系的应税所得。

2. 已在境外缴纳的所得税税额，是指企业来源于中国境外的所得依照中国境外税收法律以及相关规定应当缴纳并已经实际缴纳的企业所得税性质的税款。

3. 超过抵免限额的部分，可以在以后5个年度内，用每年度抵免限额抵免当年应抵税额后的余额进行抵补。

### 重点法条

第二十六条 企业的下列收入为免税收入：

（一）国债利息收入；

（二）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；

（三）在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益；

（四）符合条件的非营利组织的收入。

### 法条精解

本条规定了免税收入。包括：







1. 国债利息收入。
2. 符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益。
3. 在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益。
4. 符合条件的非营利组织的收入。

### 重点法条

第二十七条 企业的下列所得，可以免征、减征企业所得税：

- (一) 从事农、林、牧、渔业项目的所得；
- (二) 从事国家重点扶持的公共基础设施项目投资经营的所得；
- (三) 从事符合条件的环境保护、节能节水项目的所得；
- (四) 符合条件的技术转让所得；
- (五) 本法第三条第三款规定的所得。

### 法条精解

本条规定了对于企业所得税的减免征项目。注意：

1. 第二项规定的国家重点扶持的公共基础设施项目，是指《公共基础设施项目企业所得税优惠目录》规定的港口码头、机场、铁路、公路、城市公共交通、电力、水利等项目。
2. 第四项所规定的符合条件的技术转让所得减免企业所得税，是指一个纳税年度内，居民企业技术转让所得不超过 500 万元的部分，免征企业所得税；超过 500 万元的部分，减半征收企业所得税。

### 重点法条

第二十八条 符合条件的小型微利企业，减按 20% 的税率征收企业所得税。

国家需要重点扶持的高新技术企业，减按 15% 的税率征收企业所得税。

#### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第九十二条 企业所得税法第二十八条第一款所称符合条件的小型微利企业，是指从事国家非限制和禁止行业，并符合下列条件的企业：

- (一) 工业企业，年度应纳税所得额不超过 30 万元，从业人数不超过 100 人，资产总额不超过 3 000 万元；
- (二) 其他企业，年度应纳税所得额不超过 30 万元，从业人数不超过 80 人，资产总额不超过 1 000 万元。

《企业所得税法实施条例》第九十三条 企业所得税法第二十八条第二款所称国家需要重点扶持的高新技术企业，是指拥有核心自主知识产权，并同时符合下列条件的企业：

- (一) 产品（服务）属于《国家重点支持的高新技术领域》规定的范围；
- (二) 研究开发费用占销售收入的比例不低于规定比例；
- (三) 高新技术产品（服务）收入占企业总收入的比例不低于规定比例；
- (四) 科技人员占企业职工总数的比例不低于规定比例；
- (五) 高新技术企业认定管理办法规定的其他条件。

《国家重点支持的高新技术领域》和高新技术企业认定管理办法由国务院科技、财政、税务主管部门商国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。

### 法条精解

本条规定了对于小型微利企业和国家需要重点扶持的高新技术企业的税收优惠。

1. 小型微利企业减按 20% 的税率征收企业所得税，符合下列条件的属于小型微利企业：
  - (1) 工业企业，年度应纳税所得额不超过 30 万元，从业人数不超过 100 人，资产总额不超过 3 000 万元；
  - (2) 其他企业，年度应纳税所得额不超过 30 万元，从业人数不超过 80 人，资产总额不超过 1 000 万元。

2. 国家需要重点扶持的高新技术企业减按 15% 的税率征收企业所得税, 符合下列条件的属于国家需要重点扶持的高新技术企业:

- (1) 拥有核心自主知识产权, 产品(服务)属于《国家重点支持的高新技术领域》规定的范围;
- (2) 拥有核心自主知识产权, 研究开发费用占销售收入的比例不低于规定比例;
- (3) 拥有核心自主知识产权, 高新技术产品(服务)收入占企业总收入的比例不低于规定比例;
- (4) 拥有核心自主知识产权, 科技人员占企业职工总数的比例不低于规定比例;
- (5) 高新技术企业认定管理办法规定的其他条件。

### 重点法条

第三十条 企业的下列支出, 可以在计算应纳税所得额时加计扣除:

- (一) 开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用;
- (二) 安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资。

### 法条精解

本条规定了允许加计扣除的项目。

1. 对于企业为开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用, 未形成无形资产计入当期损益的, 在按照规定据实扣除的基础上, 按照研究开发费用的 50% 加计扣除; 形成无形资产的, 按照无形资产成本的 150% 摊销。

2. 对于企业安置残疾人员所支付的工资, 在按照支付给残疾职工工资据实扣除的基础上, 按照支付给残疾职工工资的 100% 加计扣除。

3. 对于国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资的加计扣除办法则由国务院另行规定, 需要注意。

### 真题示例

1. (2007-1-70) 某公司计算缴纳企业所得税时, 提出减免企业所得税的请求, 其中哪些符合法律规定?

- A. 购买国债取得的利息收入, 请求免征企业所得税
- B. 经营一项农业项目的所得, 请求减征企业所得税
- C. 投资经营一项无国家扶持基础设施项目的所得, 请求免征企业所得税
- D. 开发一项新技术的研究开发费用, 请求在计算应纳税所得额时加计扣除

答案: ABD。

解析: 根据《企业所得税法》第 27 条的规定可知, 企业购买国债取得的利息收入是免税收入, 因此 A 选项是正确的。B 选项中某公司请求就投资经营一项农业项目的所得减征企业所得税, 符合《企业所得税法》第 27 条的规定, 也是正确的。C 选项中企业投资的是一项无国家扶持基础设施项目, 是不能请求免征企业所得税的。D 选项中开发新技术的研发费用按照《企业所得税法》第 30 条的规定, 在计算应纳税所得额时是可以加计扣除的。因此本题应选 ABD。

2. (2008-1-20) 在计算企业应纳税所得额时, 下列哪一项支出可以加计扣除?

- A. 新技术、新产品、新工艺的研究开发费用
- B. 为安置残疾人员所购置的专门设施
- C. 赞助支出
- D. 职工教育经费

答案: A。

解析: 本题考察的是企业所得税计算应纳税额时加计扣除的项目, 根据《企业所得税法》第 30 条的规定, 新技术、新产品、新工艺的研究开发费用是允许加计扣除的, 此外安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资也允许加计扣除, B 选项中说的是为安置残疾人员所购置的专门设施, 不同于安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资, 因此不允许加计扣除。本题正确答案是 A 选项。

### 重点法条

第三十七条 对非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得应缴纳的所得税, 实行源泉扣缴, 以支





付人为扣缴义务人。税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应支付时，从支付或者到期应支付的款项中扣缴。

#### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第一百零四条 企业所得税法第三十七条所称支付人，是指依照有关法律规定或者合同约定对非居民企业直接负有支付相关款项义务的单位或者个人。

#### 法条精解

本条规定了对非居民企业取得本法第3条第3款规定的所得应缴纳的所得税，实行源泉扣缴的制度。

1. 源泉扣缴，以依照有关法律规定或者合同约定对非居民企业直接负有支付相关款项义务的单位或者个人为扣缴义务人。
2. 税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应支付时，从支付或者到期应支付的款项中扣缴。

#### 重点法条

第三十八条 对非居民企业在中国境内取得工程作业和劳务所得应缴纳的所得税，税务机关可以指定工程价款或者劳务费的支付人为扣缴义务人。

#### 法条精解

本条需要注意的是对非居民企业在中国境内取得工程作业和劳务所得的，征收企业所得税可以以税务机关指定的工程价款或者劳务费的支付人为扣缴义务人。可以指定扣缴义务人的情形，包括：

1. 预计工程作业或者提供劳务期限不足一个纳税年度，且有证据表明不履行纳税义务的。
2. 没有办理税务登记或者临时税务登记，且未委托中国境内的代理人履行纳税义务的。
3. 未按照规定期限办理企业所得税纳税申报或者预缴申报的。

注意本条规定的扣缴义务人由县级以上税务机关指定，并同时告知扣缴义务人所扣税款的计算依据、计算方法、扣缴期限和扣缴方式。

#### 重点法条

第三十九条 依照本法第三十七条、第三十八条规定应当扣缴的所得税，扣缴义务人未依法扣缴或者无法履行扣缴义务的，由纳税人在所得发生地缴纳。纳税人未依法缴纳的，税务机关可以从该纳税人在中国境内其他收入项目的支付人应付的款项中，追缴该纳税人的应纳税款。

#### 【关联法条】

#### 《企业所得税法实施条例》

第一百零七条 企业所得税法第三十九条所称所得发生地，是指依照本条例第七条规定的原则确定的所得发生地。在中国境内存在多处所得发生地的，由纳税人选择其中之一申报缴纳企业所得税。

#### 法条精解

本条规定了对于上述的实行源泉扣除的企业未缴纳所得税的税款的追缴制度。

1. 扣缴义务人未依法扣缴或者无法履行扣缴义务的，由纳税人在所得发生地缴纳。所得发生地，是指依照本条例第7条规定的原则确定的所得发生地。在中国境内存在多处所得发生地的，由纳税人选择其中之一申报缴纳企业所得税。
2. 纳税人未依法缴纳的，税务机关可以从该纳税人在中国境内其他收入项目的支付人应付的款项中，追缴该纳税人的应纳税款。

#### 重点法条

第四十一条 企业与其关联方之间的业务往来，不符合独立交易原则而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。

企业与其关联方共同开发、受让无形资产，或者共同提供、接受劳务发生的成本，在计算应纳税所得额时应当按照独立交易原则进行分摊。

## 【关联法条】

### 《企业所得税法实施条例》

第一百零九条 企业所得税法第四十一条所称关联方，是指与企业有下列关联关系之一的企业、其他组织或者个人：

- (一) 在资金、经营、购销等方面存在直接或者间接的控制关系；
- (二) 直接或者间接地同为第三者控制；
- (三) 在利益上具有相关联的其他关系。

## 法条精解

本条规定了税务机关对于关联交易的税务调整。

1. 所谓独立交易原则，是指没有关联关系的交易各方，按照公平成交价格 and 营业常规进行业务往来遵循的原则。

2. 关联方的范围为：

- (1) 在资金、经营、购销等方面存在直接或者间接的控制关系；
- (2) 直接或者间接地同为第三者控制；
- (3) 在利益上具有相关联的其他关系。

3. 不符合独立交易原则而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。

4. 企业与其关联方共同开发、受让无形资产，或者共同提供、接受劳务发生的成本，在计算应纳税所得额时应当按照独立交易原则进行分摊。

## 重点法条

第五十条 除税收法律、行政法规另有规定外，居民企业以企业登记注册地为纳税地点；但登记注册地在境外的，以实际管理机构所在地为纳税地点。

居民企业在中国境内设立不具有法人资格的营业机构的，应当汇总计算并缴纳企业所得税。

## 【关联法条】

### 《企业所得税法实施条例》

第一百二十四条 企业所得税法第五十条所称企业登记注册地，是指企业依照国家有关规定登记注册的住所地。

## 法条精解

本条是对纳税地点的规定。需要注意的是：

1. 居民企业以企业依照国家有关规定登记注册的住所地为纳税地点；但登记注册地在境外的，以实际管理机构所在地为纳税地点。

2. 居民企业在中国境内设立不具有法人资格的营业机构的，应当汇总计算并缴纳企业所得税。

## 重点法条

第五十一条 非居民企业取得本法第三条第二款规定的所得，以机构、场所所在地为纳税地点。非居民企业在中国境内设立两个或者两个以上机构、场所的，经税务机关审核批准，可以选择由其主要机构、场所汇总缴纳企业所得税。

非居民企业取得本法第三条第三款规定的所得，以扣缴义务人所在地为纳税地点。

## 【关联法条】

### 《企业所得税法实施条例》

第一百二十六条 企业所得税法第五十一条所称主要机构、场所，应当同时符合下列条件：

- (一) 对其他各机构、场所的生产经营活动负有监督管理责任；
- (二) 设有完整的账簿、凭证，能够准确反映各机构、场所的收入、成本、费用和盈亏情况。

## 法条精解

本条是对非居民企业纳税地点的规定。



1. 非居民企业取得本法第3条第2款规定的所得，以机构、场所所在地为纳税地点。
2. 对于在中国境内设立两个或者两个以上机构、场所的非居民企业，经税务机关审核批准后可以进行汇总纳税。主要机构、场所，应当同时符合下列条件：
  - (1) 对其他各机构、场所的生产经营活动负有监督管理责任；
  - (2) 设有完整的账簿、凭证，能够准确反映各机构、场所的收入、成本、费用和盈亏情况。

## 重点法条

第五十四条 企业所得税分月或者分季预缴。

企业应当自月份或者季度终了之日起15日内，向税务机关报送预缴企业所得税纳税申报表，预缴税款。

企业应当自年度终了之日起5个月内，向税务机关报送年度企业所得税纳税申报表，并汇算清缴，结清应缴应退税款。

企业在报送企业所得税纳税申报表时，应当按照规定附送财务会计报告和其他有关资料。

## 法条精解

本条规定了企业所得税的纳税时间。企业所得税实行的是分月或者分季预缴制度。

1. 企业应当自月份或者季度终了之日起15日内，向税务机关报送预缴企业所得税纳税申报表，预缴税款。
2. 企业应当自年度终了之日起5个月内，向税务机关报送年度企业所得税纳税申报表，并汇算清缴，结清应缴应退税款。
3. 企业在报送企业所得税纳税申报表时，应当按照规定附送财务会计报告和其他有关资料。

# 《个人所得税法》

## 重点法条

第一条 在中国境内有住所，或者无住所而在境内居住满1年的个人，从中国境内和境外取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。

在中国境内无住所又不居住或者无住所而在境内居住不满1年的个人，从中国境内取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。

### 【关联法条】

### 《个人所得税法实施条例》

第二条 税法第一条第一款所说的在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人。

第三条 税法第一条第一款所说的在境内居住满一年，是指在一个纳税年度中在中国境内居住365日。临时离境的，不扣减日数。

前款所说的临时离境，是指在一个纳税年度中一次不超过30日或者多次累计不超过90日的离境。

## 法条精解

本条需要注意个人所得税的纳税人分为居民纳税人和非居民纳税人。

1. 非居民纳税人仅就其境内所得交个人所得税。
  2. 居民纳税人包括在中国境内有住所和虽无住所但是在境内居住满1年的两种。
    - (1) 在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人。
    - (2) 在境内居住满1年，是指在一个纳税年度中在中国境内居住365日。临时离境的，不扣减日数。
- 临时离境，是指在一个纳税年度中一次不超过30日或者多次累计不超过90日的离境。

## 重点法条

第二条 下列各项个人所得，应纳个人所得税：





- 一、工资、薪金所得；
- 二、个体工商户的生产、经营所得；
- 三、对企事业单位的承包经营、承租经营所得；
- 四、劳务报酬所得；
- 五、稿酬所得；
- 六、特许权使用费所得；
- 七、利息、股息、红利所得；
- 八、财产租赁所得；
- 九、财产转让所得；
- 十、偶然所得；
- 十一、经国务院财政部门确定征税的其他所得。

## 法条精解

本条规定了应当缴纳个人所得税的收入。应税所得包括：

1. 工资、薪金所得，是指个人因任职或者受雇而取得的工资、薪金、奖金、年终加薪、劳动分红、津贴、补贴以及与任职或者受雇有关的其他所得。
2. 个体工商户的生产、经营所得，是指：
  - (1) 个体工商户从事工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业以及其他行业生产、经营取得的所得；
  - (2) 个人经政府有关部门批准，取得执照，从事办学、医疗、咨询以及其他有偿服务活动取得的所得；
  - (3) 其他个人从事个体工商业生产、经营取得的所得；
  - (4) 上述个体工商户和个人取得的与生产、经营有关的各项应纳税所得。
3. 对企事业单位的承包经营、承租经营所得，是指个人承包经营、承租经营以及转包、转租取得的所得，包括个人按月或者按次取得的工资、薪金性质的所得。
4. 劳务报酬所得，是指个人从事设计、装潢、安装、制图、化验、测试、医疗、法律、会计、咨询、讲学、新闻、广播、翻译、审稿、书画、雕刻、影视、录音、录像、演出、表演、广告、展览、技术服务、介绍服务、经纪服务、代办服务以及其他劳务取得的所得。
5. 稿酬所得，是指个人因其作品以图书、报刊形式出版、发表而取得的所得。
6. 特许权使用费所得，是指个人提供专利权、商标权、著作权、非专利技术以及其他特许权的使用权取得的所得；提供著作权的使用权取得的所得，不包括稿酬所得。
7. 利息、股息、红利所得，是指个人拥有债权、股权而取得的利息、股息、红利所得。
8. 财产租赁所得，是指个人出租建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。
9. 财产转让所得，是指个人转让有价证券、股权、建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。
10. 偶然所得，是指个人得奖、中奖、中彩以及其他偶然性质的所得。
11. 个人取得的所得，难以界定应纳税所得项目的，由主管税务机关确定。

注意个人所得的形式，包括现金、实物、有价证券和其他形式的经济利益。所得为实物的，应当按照取得的凭证上所注明的价格计算应纳税所得额；无凭证的实物或者凭证上所注明的价格明显偏低的，参照市场价格核定应纳税所得额。所得为有价证券的，根据票面价格和市场价格核定应纳税所得额。所得为其他形式的经济利益的，参照市场价格核定应纳税所得额。

## 真题示例

1. (2006-1-26) 根据《个人所得税法实施条例》的规定，“个人取得的应纳税所得”包括下列哪一项？
- A. 现金、实物
  - B. 现金、有价证券
  - C. 现金、实物、有价证券
  - D. 现金、实物、有价证券和期权

答案：D（当年参考答案为C）。

解析：根据《个人所得税法实施条例》第10条规定，现金、实物、有价证券都属于个人取得的应纳税所得。2005年财政部、国家税务总局发布的《关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》中明



文规定：“实施股票期权计划企业授予该企业员工的股票期权所得，应按《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例有关规定征收个人所得税。”所以本题应选 D。

需要注意的是，因为 2008 年《个人所得税法实施条例》进行了修改，把“其他形式的经济利益”也作为个人所得税的应纳税所得中，且根据《关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》的规定，期权也是需要缴纳个人所得税的。本题出在《个人所得税法实施条例（2008 年修订）》之后，因此，按照原《条例》的规定选 C，本题在当年司法考试后公布的参考答案也是 C，但因为《个人所得税法实施条例》的修订，根据新法规的规定，答案需要变更为 D。

2.（2007 - 1 - 69）根据《个人所得税法》规定，某大学教授在 2007 年 6 月份的下列哪些收入应缴纳个人所得税？

- A. 工资 5 000 元
- B. 在外兼课取得报酬 6 000 元
- C. 出版教材一部，获稿酬 1.2 万元
- D. 被评为优秀教师，获奖金 5 000 元

答案：ABC。

解析：本题中 A 选项工资 5 000 元属于工资所得，应当缴纳个人所得税，B 选项在外兼课取得报酬 6 000 元属于劳务报酬，也应当缴纳个人所得税，C 选项出版教材一部获得的稿酬 1.2 万元属于稿酬所得，应当缴纳个人所得税。ABC 三项没有争议。值得商榷的是 D 选项，被评为优秀教师获得的奖金并没有交代出颁发奖金的单位，如果是省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的，则属于免纳个人所得税，如果是其他单位颁发的奖金，则属于与任职或者受雇有关的其他所得，归到工资薪金所得，应纳个人所得税。因此本题 D 选项值得商榷。

### 重点法条

第四条 下列各项个人所得，免纳个人所得税：

- 一、省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金；
- 二、国债和国家发行的金融债券利息；
- 三、按照国家统一规定发给的补贴、津贴；
- 四、福利费、抚恤金、救济金；
- 五、保险赔款；
- 六、军人的转业费、复员费；
- 七、按照国家统一规定发给干部、职工的安家费、退职费、退休工资、离休工资、离休生活补助费；
- 八、依照我国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得；
- 九、中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税的所得；
- 十、经国务院财政部门批准免税的所得。

### 法条精解

本条规定了个人所得税的免税收入。

- 1. 注意第一项所规定的奖金必须是省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的，并且局限于科教文卫体和技术、环境保护方面。
- 2. 第三项规定的按照国家统一规定发给的补贴、津贴是指按照国务院规定发给的政府特殊津贴、院士津贴、资深院士津贴，以及国务院规定免纳个人所得税的其他补贴、津贴。

### 真题示例

（2005 - 1 - 23）下列哪一项个人所得不应免纳个人所得税？

- A. 某体育明星在奥运会上获得一块金牌，回国后国家体育总局奖励 20 万元人民币
  - B. 某科学家获得国务院特殊津贴每月 200 元人民币
  - C. 某高校教师取得一项发明专利，学校奖励 5 万元人民币
  - D. 李某新买的宝马车在某风景区停靠时，被山上落下的石头砸坏，保险公司赔付李某的 6 万元保险金
- 答案：C。



**解析：**本题中，A项属于省部级单位发的体育方面的奖金；B项属于按照国家统一规定发给的津贴；C项尽管属于科技方面的奖励，但不属于省部级单位所颁发的；D项属于保险赔款。因此C项不应免纳个人所得税。

### 重点法条

第五条 有下列情形之一的，经批准可以减征个人所得税：

- 一、残疾、孤老人员和烈属的所得；
- 二、因严重自然灾害造成重大损失的；
- 三、其他经国务院财政部门批准减税的。

### 法条精解

本条规定了个人所得税的减征收入。减征个人所得税的收入包括：

1. 残疾、孤老人员和烈属的所得。
2. 因严重自然灾害造成重大损失的。
3. 其他经国务院财政部门批准减税的。

### 真题示例

（2002-1-12）某民警在一次执行公务中牺牲，被公安部授予“一级英模”称号，并奖励奖金1万元，奖金由该民警家属代领，同时其家属还收到全国各地捐款共达10万元。对该民警家属的11万元所得应否纳税存在下列几种意见，请问哪一种是正确的？

- A. 对11万元全额征收个人所得税
- B. 对11万元全部免纳个人所得税
- C. 对1万元的奖金免纳个人所得税，对10万元的受赠金可减纳个人所得税
- D. 对11万元减纳个人所得税

**答案：**D。

**解析：**本题中的1万元奖金虽然是国家部委颁发的，但是不属于科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金，题干中点明是奖金二不是按照国家统一规定发给的补贴、津贴或者福利费、抚恤金、救济金，因此不在免征范围之内。根据《个人所得税法》第5条的规定，烈属所得经批准后可以减征个人所得税，因此本题正确答案应该是D选项。

### 重点法条

第六条 应纳税所得额的计算：

- 一、工资、薪金所得，以每月收入额减除费用二千元后的余额，为应纳税所得额。
  - 二、个体工商户的生产、经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除成本、费用以及损失后的余额，为应纳税所得额。
  - 三、对企事业单位的承包经营、承租经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除必要费用后的余额，为应纳税所得额。
  - 四、劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得、财产租赁所得，每次收入不超过4000元的，减除费用800元；4000元以上的，减除20%的费用，其余额为应纳税所得额。
  - 五、财产转让所得，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。
  - 六、利息、股息、红利所得，偶然所得和其他所得，以每次收入额为应纳税所得额。
- 个人将其所得对教育事业和其他公益事业捐赠的部分，按照国务院有关规定从应纳税所得中扣除。
- 对在中国境内无住所而在中国境内取得工资、薪金所得的纳税义务人和在中国境内有住所而在中国境外取得工资、薪金所得的纳税义务人，可以根据其平均收入水平、生活水平以及汇率变化情况确定附加减除费用，附加减除费用适用的范围和标准由国务院规定。

#### 【关联法条】

#### 《个人所得税法》

第三条 个人所得税的税率：

- 一、工资、薪金所得，适用超额累进税率，税率为5%至45%（税率表附后）。





二、个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得，适用5%至35%的超额累进税率（税率表附后）。

三、稿酬所得，适用比例税率，税率为20%，并按应纳税额减征30%。

四、劳务报酬所得，适用比例税率，税率为20%。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可以实行加成征收，具体办法由国务院规定。

五、特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得，适用比例税率，税率为20%。

### 法条精解

本条规定了个人所得税应纳税所得额的计算。需要注意的是：

1. 工资、薪金所得以2000元为起征点。
2. 利息、股息、红利所得是不进行任何扣除的。
3. 劳务报酬所得一次收入畸高的指个人一次取得劳务报酬，其应纳税所得额超过2万元。对应纳税所得额超过2万元至5万元的部分，依照税法规定计算应纳税额后再按照应纳税额加征五成；超过5万元的部分，加征十成。

### 真题示例

（2004-1-24）根据我国《个人所得税法》的规定，对下列哪一项所得可以实行加成征收？

- A. 特许权使用费所得
- B. 工资、薪金所得
- C. 劳务报酬所得
- D. 因福利彩票中奖所得

答案：C。

解析：《个人所得税法》第3条明文规定劳务报酬所得适用比例税率，税率为20%。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可以实行加成征收，因此本题的正确答案是C选项。此外，应当明确的是A选项特许权使用费所得适用的是比例税率，B选项工资、薪金所得适用的是超额累进税率，D选项因福利彩票中奖所得适用的是比例税率。

### 重点法条

第七条 纳税义务人从中国境外取得的所得，准予其在应纳税额中扣除已在境外缴纳的个人所得税税额。但扣除额不得超过该纳税义务人境外所得依照本法规定计算的应纳税额。

### 法条精解

本条规定的境外缴纳的个人所得税税额，是指纳税义务人从中国境外取得的所得，依照该所得来源国家或者地区的法律应当缴纳并且实际已经缴纳的税额。

1. 纳税义务人在中国境外一个国家或者地区实际已经缴纳的个人所得税税额，低于按规定计算出的该国家或者地区扣除限额的，应当在中国缴纳差额部分的税款。
2. 超过该国家或者地区扣除限额的，其超过部分不得在本纳税年度的应纳税额中扣除，但是可以在以后纳税年度的该国家或者地区扣除限额的余额中补扣。补扣期限最长不得超过5年。

### 重点法条

第八条 个人所得税，以所得人为纳税义务人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。个人所得超过国务院规定数额的，在两处以上取得工资、薪金所得或者没有扣缴义务人的，以及具有国务院规定的其他情形的，纳税义务人应当按照国家规定办理纳税申报。扣缴义务人应当按照国家规定办理全员全额扣缴申报。

### 法条精解

本条规定了纳税义务人和扣缴义务人。应当按照规定到主管税务机关办理纳税申报的纳税义务人包括：

1. 年所得12万元以上的。
2. 从中国境内两处或者两处以上取得工资、薪金所得的。
3. 从中国境外取得所得的；取得应纳税所得，没有扣缴义务人的和国务院规定的其他情形。

## 《税收征收管理法》

### 重点法条

第三条 税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税，依照法律的规定执行；法律授权国务院规定的，依照国务院制定的行政法规的规定执行。

任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。

### 法条精解

本条需要注意的是：

1. 税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税，依照法律或者根据法律授权制定的行政法规进行，任何机关、单位和个人不得擅自作决定。
2. 纳税人签订的合同、协议与税收法律、行政法规相抵触的，一律无效。

### 重点法条

第四条 法律、行政法规规定负有纳税义务的单位和个人为纳税人。

法律、行政法规规定负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位和个人为扣缴义务人。

纳税人、扣缴义务人必须依照法律、行政法规的规定缴纳税款、代扣代缴、代收代缴税款。

### 法条精解

本条规定了纳税人和扣缴义务人的定义。

1. 只有法律、行政法规才能规定负有纳税义务的纳税人和负有代扣代缴、代收代缴义务的扣缴义务人。
2. 注意扣缴义务人包括代收代缴和代扣代缴两种。
3. 税务机关应当按照规定付给扣缴义务人代扣、代收手续费。

### 重点法条

第八条 纳税人、扣缴义务人有权向税务机关了解国家税收法律、行政法规的规定以及与纳税程序有关的情况。

纳税人、扣缴义务人有权要求税务机关为纳税人、扣缴义务人的情况保密。税务机关应当依法为纳税人、扣缴义务人的情况保密。

纳税人依法享有申请减税、免税、退税的权利。

纳税人、扣缴义务人对税务机关所作出的决定，享有陈述权、申辩权；依法享有申请行政复议、提起行政诉讼、请求国家赔偿等权利。

纳税人、扣缴义务人有权控告和检举税务机关、税务人员的违法违纪行为。

### 【关联法条】

《税收征收管理法实施细则》

第五条 税收征管法第八条所称纳税人、扣缴义务人保密的情况，是指纳税人、扣缴义务人的商业秘密及个人隐私。纳税人、扣缴义务人的税收违法行为不属于保密范围。

### 法条精解

本条规定了纳税人、扣缴义务人的权利。

1. 对于纳税人各项权利必须明确记忆。包括：

(1) 纳税人、扣缴义务人有权向税务机关了解国家税收法律、行政法规的规定以及与纳税程序有关的情况。

(2) 纳税人、扣缴义务人有权要求税务机关为纳税人、扣缴义务人的情况保密。税务机关应当依法为纳税人、扣缴义务人的情况保密。







(3) 纳税人依法享有申请减税、免税、退税的权利。

(4) 纳税人、扣缴义务人对税务机关所作出的决定,享有陈述权、申辩权;依法享有申请行政复议、提起行政诉讼、请求国家赔偿等权利。

(5) 纳税人、扣缴义务人有权控告和检举税务机关、税务人员的违法违纪行为。

2. 注意第2款所规定的保密的情况是指纳税人、扣缴义务人的商业秘密及个人隐私。但是纳税人、扣缴义务人的税收违法行为不属于保密范围。

### 真题示例

(2009-1-68) 2001年修订的《税收征收管理法》规定了纳税人的权利,下列哪些情形符合纳税人权利的规定?

- A. 张某要求查询丈夫的个人所得税申报信息,税务机关以保护纳税人秘密权为由予以拒绝
- B. 甲公司对税务机关征收的一笔增值税计算方法有疑问,要求予以解释
- C. 乙公司不服税收机关对其采取冻结银行存款的税收保全措施,申请行政复议
- D. 个体工商户陈某认为税务所长在征税过程中对自己滥用职权故意刁难,向上级税务机关提出控告

答案: ABCD。

解析: 本题考核的是纳税人的权利。选项A正确。纳税人、扣缴义务人享有秘密权。税务机关应当依法为纳税人、扣缴义务人的情况保密。选项B正确。纳税人享有信息权。纳税人、扣缴义务人有权向税务机关了解国家税务法律、行政法规的规定以及与纳税程序有关的情况。选项C正确。纳税人、扣缴义务人享有申请行政复议、提起行政诉讼、请求国家赔偿权。选项D正确。纳税人、扣缴义务人享有控告和检举权。除以上4项权利外,纳税人还享有: 申请减、免、退税的权利; 陈述权、申辩权; 奖励权、请求回避权。

### 重点法条

第十二条 税务人员征收税款和查处税收违法案件,与纳税人、扣缴义务人或者税收违法案件有利害关系的,应当回避。

### 法条精解

本条规定了税务人员回避的情形。本条规定的有利害关系是指与纳税人、扣缴义务人或者其法定代表人、直接责任人有下列关系之一的:

1. 夫妻关系;
2. 直系血亲关系;
3. 三代以内旁系血亲关系;
4. 近姻亲关系;
5. 可能影响公正执法的其他利害关系。

### 重点法条

第十五条 企业,企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所,个体工商户和从事生产、经营的事业单位(以下统称从事生产、经营的纳税人)自领取营业执照之日起30日内,持有关证件,向税务机关申报办理税务登记。税务机关应当自收到申报之日起30日内审核并发给税务登记证件。

工商行政管理机关应当将办理登记注册、核发营业执照的情况,定期向税务机关通报。

本条第一款规定以外的纳税人办理税务登记和扣缴义务人办理扣缴税款登记的范围和办法,由国务院规定。

#### 【关联法条】

#### 《税收征收管理法》

第十六条 从事生产、经营的纳税人,税务登记内容发生变化的,自工商行政管理机关办理变更登记之日起30日内或者在向工商行政管理机关申请办理注销登记之前,持有关证件向税务机关申报办理变更或者注销税务登记。

### 法条精解

本条是对纳税登记人的规定。

1. 纳税登记人包括企业、企业在外地的分支机构、企业在外地的生产经营场所、个体工商户和从事生产、经营的事业单位。
2. 应当明确税务登记人的登记程序和登记期间。纳税登记人自领取营业执照之日起 30 日内，持有关证件，向税务机关申报办理税务登记。税务机关应当自收到申报之日起 30 日内审核并发给税务登记证件。
3. 从事生产、经营的纳税人，税务登记内容发生变化的，自工商行政管理机关办理变更登记之日起 30 日内或者在向工商行政管理机关申请办理注销登记之前，持有关证件向税务机关申报办理变更或者注销税务登记。

### 真题示例

(2006 - 1 - 25) 关于税务登记的下列哪一表述是正确的？

- A. 事业单位均无需办理税务登记
- B. 企业在外地设立的分支机构应当办理税务登记
- C. 个体工商户应当在办理营业执照之前办理税务登记
- D. 税务机关应当在收到税务登记申报之后 15 日内核发税务登记证件

答案：B。

解析：根据《税收征收管理法》第 15 条第 1 款的规定，企业在外地设立的分支机构应当自领取营业执照之日起 30 日内，持有关证件，向税务机关申报办理税务登记。因此 B 选项为应选项。从事生产、经营的事业单位也应当办理税务登记，因此 A 选项是错误的。个体工商户应当在办理营业执照之后办理税务登记，因此 C 选项错误。税务机关应当在收到税务登记申报之后 30 日内核发税务登记证件，因此 D 选项也是不正确的。故本题答案为 B。

### 重点法条

第十七条 从事生产、经营的纳税人应当按照国家有关规定，持税务登记证件，在银行或者其他金融机构开立基本存款账户和其他存款账户，并将其全部账号向税务机关报告。

银行和其他金融机构应当在从事生产、经营的纳税人的账户中登录税务登记证件号码，并在税务登记证件中登录从事生产、经营的纳税人的账户账号。

税务机关依法查询从事生产、经营的纳税人开立账户的情况时，有关银行和其他金融机构应当予以协助。

第十八条 纳税人按照国务院税务主管部门的规定使用税务登记证件。税务登记证件不得转借、涂改、损毁、买卖或者伪造。

第十九条 纳税人、扣缴义务人按照有关法律、行政法规和国务院财政、税务主管部门的规定设置账簿，根据合法、有效凭证记账，进行核算。

### 法条精解

关于税务管理中税务登记的规定。

关于账簿设置的规定。

### 重点法条

第二十二条 增值税专用发票由国务院税务主管部门指定的企业印制；其他发票，按照国务院税务主管部门的规定，分别由省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局指定企业印制。

未经前款规定的税务机关指定，不得印制发票。

### 法条精解

本条规定了对税务发票的管理。

1. 增值税专用发票是由国务院税务主管部门指定的企业印制。
2. 其他发票，按照国务院税务主管部门的规定，分别由省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局指定企业印制。
3. 未经规定的税务机关指定，不得印制发票。





## 重点法条

第三十一条 纳税人、扣缴义务人按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限，缴纳或者解缴税款。

纳税人因有特殊困难，不能按期缴纳税款的，经省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局批准，可以延期缴纳税款，但是最长不得超过3个月。

## 法条精解

本条是对延期缴纳税款的规定。

1. 注意延期缴纳税款申请的批准机关是省、自治区、直辖市和计划单列市的国家税务局、地方税务局。
2. 延期缴纳税款期限不得超过3个月。
3. 特殊困难是指以下情形：

- (1) 因不可抗力，导致纳税人发生较大损失，正常生产经营活动受到较大影响的；
- (2) 当期货币资金在扣除应付职工工资、社会保险费后，不足以缴纳税款的。

4. 注意对于滞纳金的法律性质，纳税人未按照规定期限缴纳税款的，扣缴义务人未按照规定期限解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳金之日起，按日加收滞纳金万分之五的滞纳金。

## 重点法条

第三十四条 税务机关征收税款时，必须给纳税人开具完税凭证。扣缴义务人代扣、代收税款时，纳税人要求扣缴义务人开具代扣、代收税款凭证的，扣缴义务人应当开具。

## 法条精解

本条规定了税务机关开具完税凭证的义务。扣缴义务人有义务在纳税人要求开具代扣、代收税款凭证时予以开具。

## 重点法条

第三十五条 纳税人有下列情形之一的，税务机关有权核定其应纳税额：

- (一) 依照法律、行政法规的规定可以不设置账簿的；
- (二) 依照法律、行政法规的规定应当设置账簿但未设置的；
- (三) 擅自销毁账簿或者拒不提供纳税资料的；
- (四) 虽设置账簿，但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账的；
- (五) 发生纳税义务，未按照规定的期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的；
- (六) 纳税人申报的计税依据明显偏低，又无正当理由的。

税务机关核定应纳税额的具体程序和方法由国务院税务主管部门规定。

## 法条精解

本条是对税务机关核定应纳税额的规定。

1. 注意税务机关有权核定应纳税额的情形：

- (1) 依照法律、行政法规的规定可以不设置账簿的；
- (2) 依照法律、行政法规的规定应当设置账簿但未设置的；
- (3) 擅自销毁账簿或者拒不提供纳税资料的；
- (4) 虽设置账簿，但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查账的；
- (5) 发生纳税义务，未按照规定的期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的；
- (6) 纳税人申报的计税依据明显偏低，又无正当理由的。

2. 注意对于生产、经营规模小又确无建账能力的纳税人，可以聘请经批准从事会计代理记账业务的专业机构或者经税务机关认可的财会人员代为建账和办理账务；聘请上述机构或者人员有实际困难的，经县以上税务机关批准，可以按照税务机关的规定，建立收支凭证粘贴簿，进货销货登记簿或者使用税控装置。

## 真题示例

(2005-1-71) 在下列哪些情况下, 税务机关有权依法直接核定纳税人的应纳税额?

- A. 甲公司擅自销毁账簿、拒不提供纳税资料
- B. 乙公司申报的计税依据明显偏低, 又无正当理由
- C. 丙公司设置了账簿, 但账目混乱, 凭证不全, 难以查账
- D. 丁公司未按规定期限办理纳税申报, 经税务机关责令限期申报后才申报

答案: ABC。

解析: 根据《税收征收管理法》第35条的规定, A选项, B选项和C选项分别符合该条第3项第6项和第4项的情形, 此时税务机关有权依法直接核定纳税人的应纳税额。D选项中丁公司虽然未按规定期限办理纳税申报, 但是经税务机关责令限期申报后进行了纳税申报, 不符合该条第5项的情形, 不应选。因此本题答案为ABC。

## 重点法条

第三十七条 对未按照规定办理税务登记的从事生产、经营的纳税人以及临时从事经营的纳税人, 由税务机关核定其应纳税额, 责令缴纳; 不缴纳的, 税务机关可以扣押其价值相当于应纳税款的商品、货物。扣押后缴纳应纳税款的, 税务机关必须立即解除扣押, 并归还所扣押的商品、货物; 扣押后仍不缴纳应纳税款的, 经县以上税务局(分局)局长批准, 依法拍卖或者变卖所扣押的商品、货物, 以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

### 【关联法条】

#### 《税收征收管理法实施细则》

第五十七条 税收征管法第三十七条所称未按照规定办理税务登记从事生产、经营的纳税人, 包括到外县(县)从事生产、经营而未向营业地税务机关报验登记的纳税人。

## 法条精解

本条规定了核定税额情形下税务机关可以采取的税收强制措施。

1. 对于税务机关核定其应纳税额, 责令缴纳后仍不缴纳的, 税务机关可以扣押其价值相当于应纳税款的商品、货物。
2. 扣押后仍不缴纳应纳税款的, 经过县级以上税务局(分局)局长批准后可以依法拍卖或者变卖所扣押的商品、货物以抵缴税款。

## 重点法条

第三十八条 税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的, 可以在规定的纳税期之前, 责令限期缴纳应纳税款; 在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入的迹象的, 税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保, 经县以上税务局(分局)局长批准, 税务机关可以采取下列税收保全措施:

- (一) 书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款;
- (二) 扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。

纳税人在前款规定的限期内缴纳税款的, 税务机关必须立即解除税收保全措施; 限期期满仍未缴纳税款的, 经县以上税务局(分局)局长批准, 税务机关可以书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构从其冻结的存款中扣缴税款, 或者依法拍卖或者变卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产, 以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品, 不在税收保全措施的范围之内。

### 【关联法条】

#### 《税收征收管理法》

第三十九条 纳税人在限期内已缴纳税款, 税务机关未立即解除税收保全措施, 使纳税人的合法利益遭受损失的, 税务机关应当承担赔偿责任。



本条规定了纳税担保和税收保全措施。

1. 责令限期缴纳税款的实施条件是税务机关认为纳税人有逃避纳税义务行为，此种责令限期缴纳的措施可以在纳税期之前进行。
2. 责令提供纳税担保的适用条件是税务在责令缴纳的限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入迹象。
3. 纳税人不能提供纳税担保时，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取税收保全措施，包括冻结存款和扣押查封财产。
4. 注意各项措施实施的条件和先后次序。

### 真题示例

1. （2006-1-67）下列关于税收保全与税收强制措施的哪些表述是错误的？

- A. 税收保全与税收强制措施适用于所有逃避纳税义务的纳税人
- B. 税收强制措施不包括从纳税人的存款中扣缴税款
- C. 个人生活必需的用品不适用税收保全与税收强制执行措施
- D. 税务机关可不经税收保全措施而直接采取税收强制执行措施

答案：ABD。

解析：税收保全与税收强制措施适用于在税收缴纳宽限期内仍未缴纳税款或提供担保，逃避纳税义务的纳税人，而非所有逃避纳税义务的纳税人，故 A 错误；个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不在税收保全和强制执行措施的范围之内，因此 C 选项正确；税收强制措施包括从冻结的纳税人存款中扣缴税款，故 B 错误；税收保全措施是采取税收强制执行措施的前置程序，税务机关必须先采取税收保全措施，之后才能采取税收强制措施。从这里来看，D 项是错误的。但是在纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局（分局）局长批准是可以不经税收保全措施而直接采取强制执行措施的。从这里来看，D 选项的说法又是正确的。司法部公布的正确的答案是 ABD，但是答案定为 AB 似乎更为合适。

2. （2003-1-48）税务机关在实行税收保全措施和强制执行措施时，下列哪些财产或者物品不在此类措施范围之内？

- A. 纳税人甲个人仅有的一套住房
- B. 纳税人乙个人所有的金银首饰
- C. 纳税人丙自用的私人汽车
- D. 纳税人丁所有的单价在 5000 元以下的生活用品

答案：AD。

解析：根据《税收征收管理法》第 38 条、第 40 条，个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不在税收保全措施和强制执行措施的范围之内。机动车辆、金银饰品、古玩字画、豪华住宅或者一处以外的住房不属于个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品。税务机关对单价 5000 元以下的其他生活用品，不采取税收保全措施和强制执行措施。因此本题答案为 AD。

### 重点法条

第四十条 从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列强制执行措施：

- （一）书面通知其开户银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款；
- （二）扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

税务机关采取强制执行措施时，对前款所列纳税人、扣缴义务人、纳税担保人未缴纳的滞纳金同时强制执行。

个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不在强制执行措施的范围之内。





本条规定了税收强制执行措施：

1. 对于限期缴纳逾期仍未缴纳的，税务机关可以采取划扣存款和扣押、查封、依法拍卖或者变卖价值相当的纳税人财产的强制措施。

2. 税收强制执行措施必须经税务局（分局）局长批准。

### 真题示例

1. (2007-1-23) 甲创办了销售电脑的个人独资企业。至 2007 年 8 月，该企业欠缴税款近 8 000 元。根据《税收征收管理法》的规定，税务机关采取的下列哪一强制措施是合法的？

- A. 扣押甲已出售并交付给刘某、但刘某尚未付款的一幅字画
- B. 扣押甲一台价值 4800 元的电视机
- C. 查封甲唯一的一辆家用轿车
- D. 查封甲唯一的一套居住用房

答案：C。

解析：A 选项中，该字画已经出售并交付给刘某。根据《物权法》第 23 条所规定的动产物权的设定和转让，自交付时发生效力，此时物权已经发生转移，该字画已经不为甲所有，税务机关无权对他人的财产采取强制措施，因此 A 项是错误的，不应选。根据《税收征收管理法》第 40 条的规定，价值 4 800 元的电视机和唯一的一套居住用房属于个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，不能采取强制执行措施。C 选项中的家用轿车不属于个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品，可以采取强制执行措施。因此本题正确答案是 C。

2. (2005-1-24) 从事零售业务的个体户王某收到税务机关限期缴纳通知书的期限届满后，仍然拖欠营业税款 2 000 元。税务机关对此采用的下列哪一种做法不符合法律规定？

- A. 扣押王某价值 2500 元的营业用冷冻柜
- B. 书面通知银行从王某的储蓄账户中扣缴拖欠税款
- C. 从王某的储蓄账户中强制扣缴拖欠税款的滞纳金
- D. 为防止王某以后再拖欠税款，在强制执行王某的银行存款后继续扣押其冷冻柜 6 个月，以观后效

答案：D。

解析：根据《税收征收管理法》第 40 条的规定，A 选项中扣押王某价值 2 500 元的营业用冷冻柜的行为属于扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款的行为，符合法律规定，因此 A 选项不应选。B 选项书面通知银行从王某的储蓄账户中扣缴拖欠税款和 C 选项从王某的储蓄账户中强制扣缴拖欠税款的滞纳金符合《税收征收管理法》第 40 条第 1 款 1 项和第 2 款的规定，不应选。D 选项中税务机关为防止王某以后再拖欠税款，在强制执行王某的银行存款后继续扣押其冷冻柜 6 个月是针对王某将来可能出现的“逾期不缴纳税款的行为”预先采取强制措施，是不符合法律规定的。因此 D 选项于法无据，为应选项。

### 重点法条

第四十四条 欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保。未结清税款、滞纳金，又不提供担保的，税务机关可以通知出境管理机构阻止其出境。

### 法条精解

本条规定的是对欠缴税款的纳税人或其法定代表人的组织出境的措施。

1. 欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保。

2. 未结清税款、滞纳金，又不提供担保的，税务机关可以通知出境管理机构阻止其出境。



## 真题示例

(2008-1-21) 李某是个人独资企业的业主。该企业因资金周转困难, 到期不能缴纳税款。经申请, 税务局批准其延期三个月缴纳。在此期间, 税务局得知李某申请出国探亲, 办理了签证并预定了机票。对此, 税务局应采取下列哪一种处理方式?

- A. 责令李某在出境前提供担保
- B. 李某是在延期期间出境, 无须采取任何措施
- C. 告知李某: 欠税人在延期期间一律不得出境
- D. 直接通知出境管理机构阻止其出境

答案: A。

解析: 本题考察的是出境清税措施, 根据《税收征收管理法》第 44 条规定, 税务局可以责令李某在出境前提供担保或者结清应纳税款、滞纳金。只有在李某未结清应纳税款、滞纳金, 又不提供担保的情况下, 税务局可以通知出境管理机构阻止其出境。因此 A 选项符合法律规定, B 选项和 D 选项错误。纳税人满足了提供担保或者结清应纳税款、滞纳金两个条件之一就可以出境, 因此 C 选项也是错误的。

## 重点法条

第四十五条 税务机关征收税款, 税收优先于无担保债权, 法律另有规定的除外; 纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的, 税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。

纳税人欠缴税款, 同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的, 税收优先于罚款、没收违法所得。

税务机关应当对纳税人欠缴税款的情况定期予以公告。

## 法条精解

本条规定了税收的优先权。

1. 税收优先于行政罚款和无担保债权。
2. 对于有担保债权, 发生在纳税人欠缴税款之前的, 优先于税收, 发生在纳税人欠缴税款之后的, 税收优先于有担保的债权。

## 重点法条

第四十八条 纳税人有合并、分立情形的, 应当向税务机关报告, 并依法缴清税款。纳税人合并时未缴清税款的, 应当由合并后的纳税人继续履行未履行的纳税义务; 纳税人分立时未缴清税款的, 分立后的纳税人对未履行的纳税义务应当承担连带责任。

## 法条精解

本条规定的是对于纳税人合并、分立时纳税义务的承担。需要注意的是对于分立的纳税人在分立时未缴清税款的由分立后的纳税人承担连带责任。

## 重点法条

第五十条 欠缴税款的纳税人因怠于行使到期债权, 或者放弃到期债权, 或者无偿转让财产, 或者以明显不合理的低价转让财产而受让人知道该情形, 对国家税收造成损害的, 税务机关可以依照合同法第七十三条、第七十四条的规定行使代位权、撤销权。

税务机关依照前款规定行使代位权、撤销权的, 不免除欠缴税款的纳税人尚未履行的纳税义务和应承担的法律责任。

## 法条精解

本条规定了税务机关的代位权和撤销权。注意此种代位权和撤销权是参照合同法的规定进行的, 与民法上的代位权和撤销权区别在于主体不同。税收代位权和撤销权的要件为:

1. 纳税人存在欠税情形。
2. 纳税人存在怠于行使到期债权, 或者放弃到期债权, 或者无偿转让财产, 或者以明显不合理的低价



转让财产而受让人知道该情形，对国家税收造成了损害。

### 3. 税务机关以自己的名义行使。

## 重点法条

第五十一条 纳税人超过应纳税额缴纳的税款，税务机关发现后应当立即退还；纳税人自结算缴纳税款之日起3年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款并加算银行同期存款利息，税务机关及时查实后应当立即退还；涉及从国库中退库的，依照法律、行政法规有关国库管理的规定退还。

## 法条精解

本条是对纳税人多缴税款的救济。注意对于此种救济是在三年之内发现的才进行退还并加算银行利息。

## 重点法条

第五十二条 因税务机关的责任，致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的，税务机关在3年内可以要求纳税人、扣缴义务人补缴税款，但是不得加收滞纳金。

因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误，未缴或者少缴税款的，税务机关在3年内可以追征税款、滞纳金；有特殊情况，追征期可以延长到5年。

对偷税、抗税、骗税的，税务机关追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金或者所骗取的税款，不受前款规定期限的限制。

### 【关联法条】

#### 《税收征收管理法》

第五十三条 国家税务局和地方税务局应当按照国家规定的税收征收管理范围和税款入库预算级次，将征收的税款缴入国库。

对审计机关、财政机关依法查出的税收违法行为，税务机关应当根据有关机关的决定、意见书，依法将应收的税款、滞纳金按照税款入库预算级次缴入国库，并将结果及时回复有关机关。

## 法条精解

本条是对纳税人未缴或者少缴税款的追征措施。

1. 因税务机关责任的情形下，3年内可以追征但不得加收滞纳金；
2. 因纳税人、扣缴义务人的失误的情形下，3年内可以追征税款和滞纳金，特殊情况下可以延长到5年。
3. 对于偷税、抗税、骗税的情形，则不受限制。

## 重点法条

第五十五条 税务机关对从事生产、经营的纳税人以前纳税期的纳税情况依法进行税务检查时，发现纳税人有逃避纳税义务行为，并有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入迹象的，可以按照本法规定的批准权限采取税收保全措施或者强制执行措施。

## 法条精解

注意在本条规定的情形下采取税收保全措施的期限一般不得超过6个月，重大案件需要延长的由国家税务总局批准。

## 重点法条

第六十条 纳税人有下列行为之一的，由税务机关责令限期改正，可以处2000以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款：

- (一) 未按照规定的期限申报办理税务登记、变更或者注销登记的；
- (二) 未按照规定设置、保管账簿或者保管记账凭证和有关资料的；
- (三) 未按照规定将财务、会计制度或者财务、会计处理办法和会计核算软件报送税务机关备查的；
- (四) 未按照规定将其全部银行账号向税务机关报告的；



(五) 未按照规定安装、使用税控装置,或者损毁或者擅自改动税控装置的。

纳税人不办理税务登记的,由税务机关责令限期改正的,经税务机关提请,由工商行政管理机关吊销其营业执照。

纳税人未按照规定使用税务登记证件,或者转借、涂改、损毁、买卖伪造税务登记证件的,处2000元以上1万元以下的罚款;情节严重的,处1万元以上5万元以下的罚款。

第六十一条 扣缴义务人未按照规定设置、保管代扣代缴、代收代缴税款账簿或者保管代扣代缴、代收代缴税款记账凭证及有关资料的,由税务机关责令限期改正,可以处2000元以下的罚款;情节严重的,处2000元以上5000元以下的罚款。

第六十二条 纳税人未按照定的期限办理纳税申报和报送纳税资料的,或者扣缴义务人未按照定的期限向税务机关报送代扣代缴、代收代缴税款报告表和有关资料的,由税务机关责令限期改正,可以处2000元以下的罚款;情节严重的,可以处2000元以上1万元以下的罚款。

第六十四条 纳税人、扣缴义务人编造虚假计税依据的,由税务机关责令限期改正,并处5万元以下的罚款。

纳税人不进行纳税申报,不缴或者少缴应纳税款的,由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金,并处不缴或者少缴的税款50%以上5倍以下的罚款。

第六十五条 纳税人欠缴应纳税款,采取转移或者隐匿财产的手段,妨碍税务机关追缴欠缴的税款的,由税务机关追缴欠缴的税款、滞纳金,并处欠缴税款50%以上5倍以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第八十四条 违反法律、行政法规的规定,擅自作出税收的开征、停征或者减税、免税、退税、补税以及其他同税收法律、行政法规相抵触的决定的,除依照本法规定撤销其擅自作出的决定外,补征应征未征税款,退还不应征收而征收的税款,并由上级机关追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第八十五条 税务人员在征收税款或者查处税收违法案件时,未按照本法规定进行回避的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。

第八十七条 未按照本法规定为纳税人、扣缴义务人、检举人保密的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,由所在单位或者有关单位依法给予行政处分。

### 法条精解

关于税收违法行为的处罚的规定,同时也要注意本法对税收征管人员的回避制度的规定。

### 重点法条

第八十六条 违反税收法律、行政法规应当给予行政处罚的行为,在5年内未被发现的,不再给予行政处罚。

### 法条精解

本条规定了税收行政处罚的时效,超过5年的不再进行处罚。

### 重点法条

第八十八条 纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时,必须先依照税务机关的纳税决定缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应的担保,然后可以依法申请行政复议;对行政复议决定不服的,可以依法向人民法院起诉。

当事人对税务机关的处罚决定、强制执行措施或者税收保全措施不服的,可以依法申请行政复议,也可以依法向人民法院起诉。

当事人对税务机关的处罚决定逾期不申请行政复议也不向人民法院起诉、又不履行的,作出处罚决定的税务机关可以采取本法第四十条规定的强制执行措施,或者申请人民法院强制执行。

### 法条精解

本条规定了税收争议的解决措施。



1. 对于一般的纳税争议,应当先申请复议,行政复议是行政诉讼的前置程序。
2. 对于税务机关的处罚决定、强制执行措施或者税收保全措施不服的,可以申请复议也可以直接向人民法院起诉。

## 《土地管理法》

### 重点法条

第二条 中华人民共和国实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。

全民所有,即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。

任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地使用权可以依法转让。

国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。

国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是,国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。

### 法条精解

本条是总体上的规定。

1. 注意土地本身及土地所有权是禁止交易的,土地使用权可以交易。
2. 本条还规定了土地征收制度。国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。
3. 除无偿划拨以外,使用国有土地是有偿的。

### 真题示例

(2007-1-74) 下列哪些属于国有土地的有偿使用方式?

- A. 某上市公司与政府签订国有建设用地使用权出让合同
- B. 某外资企业以租赁的方式取得某地块的国有土地使用权
- C. 某国有企业在设立中外合资企业时将国有土地使用权作价出资
- D. 某国有企业以国有土地使用权作价入股设立有限责任公司

答案: ABCD。

解析: 根据《土地管理法》第2条的规定,国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是,国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。A、B、C、D四项均不属于《土地管理法》第54条规定的用途的土地,因此都属于国有土地使用权的有偿使用,本题正确答案是ABCD。

### 重点法条

第四条 国家实行土地用途管制制度。

国家编制土地利用总体规划,规定土地用途,将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量,对耕地实行特殊保护。

前款所称农用地是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等;建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等;未利用地是指农用地和建设用地以外的土地。

使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。

### 法条精解

本条规定了国家土地的用途管理制度。

1. 全国土地利用总体规划,由国务院土地行政主管部门会同国务院有关部门编制,报国务院批准。
2. 省、自治区、直辖市的土地利用总体规划报国务院批准。
3. 省、自治区人民政府所在地的市、人口在100万以上的城市以及国务院指定的城市的土地利用总体规划经省、自治区人民政府审查同意后,报国务院批准。
4. 土地利用总体规划的规划期限一般为15年。





## 真题示例

(2006-1-22) 根据《土地管理法》确立的土地用途管制制度,国家在编制土地利用总体规划时,对土地用途如何分类?

- A. 国有单位用地、集体用地和私人用地
- B. 城市用地、乡村用地和其他用地
- C. 农用地、建设用地和未利用地
- D. 工商业用地、农业用地和住宅用地

答案:C。

解析:本题根据《土地管理法》第4条第2款可以直接得出答案,该法按照土地用途将土地划分为农用地、建设用地和未利用地,故本题答案为C。

## 重点法条

第五条 国务院土地行政主管部门统一负责全国土地的管理和监督工作。

县级以上地方人民政府土地行政主管部门的设置及其职责,由省、自治区、直辖市人民政府根据国务院有关规定确定。

第六条 任何单位和个人都有遵守土地管理法律、法规的义务,并有权对违反土地管理法律、法规的行为提出检举和控告。

第七条 在保护和开发土地资源、合理利用土地以及进行有关的科学研究等方面成绩显著的单位和个人,由人民政府给予奖励。

## 法条精解

这里的重点是国家根据土地的用途将土地分为农用地、建设用地和未利用地,并且要知道农用地、建设用地和未利用地的内容分别是什么。

## 重点法条

第八条 城市市区的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;

宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。

## 法条精解

本条规定了国家所有的土地类型,对于本条所规定的土地类型需要准确记忆。属于全民所有即国家所有的土地包括:

1. 城市市区的土地。
2. 农村和城市郊区中已经依法没收、征收、征购为国有的土地。
3. 国家依法征用的土地。
4. 依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地。
5. 农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的,原属于其成员集体所有的土地。
6. 因国家组织移民、自然灾害等原因,农民成建制地集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。

## 重点法条

第九条 国有土地和农民集体所有的土地,可以依法确定给单位或者个人使用。使用土地的单位和个人,有保护、管理和合理利用土地的义务。

第十条 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理;已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的,由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理;已经属于乡(镇)农民集体所有的,由乡(镇)农村集体经济组织经营、管理。

第十一条 农民集体所有的土地,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认所有权。



农民集体所有的土地依法用于非农业建设的，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认建设用地使用权。

单位和个人依法使用的国有土地，由县级以上人民政府登记造册，核发证书，确认使用权；其中，中央国家机关使用的国有土地的具体登记发证机关，由国务院确定。

确认林地、草原的所有权或者使用权，确认水面、滩涂的养殖使用权，分别依照《中华人民共和国森林法》、《中华人民共和国草原法》和《中华人民共和国渔业法》的有关规定办理。

#### 【关联法条】

第十二条 依法改变土地权属和用途的，应当办理土地变更登记手续。

第十三条 依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

第十四条 农民集体所有的土地由本集体经济组织的成员承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。土地承包经营期限为30年。发包方和承包方应当订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的农民有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。农民的土地承包经营权受法律保护。

在土地承包经营期限内，对个别承包经营者之间承包的土地进行适当调整的，必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业行政主管部门批准。

#### 法条精解

重点掌握国家对各种土地的使用权和所有权的规定，明确所有权和使用权的主体，另外要注意的是农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

#### 重点法条

第十五条 国有土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。农民集体所有的土地，可以由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。发包方和承包方应当订立承包合同，约定双方的权利和义务。土地承包经营的期限由承包合同约定。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

#### 法条精解

本条需要注意的是对于农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的期限和程序。

1. 国有土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

2. 农民集体所有的土地，可以由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

3. 发包方和承包方应当订立承包合同，约定双方的权利和义务。土地承包经营的期限由承包合同约定。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

4. 农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。

#### 真题示例

（2009-1-28）关于承包经营集体土地可以从事的生产活动，下列哪一选项符合《土地管理法》规定？

- A. 种植业、林业
- B. 种植业、林业、畜牧业
- C. 种植业、林业、畜牧业、渔业
- D. 种植业、林业、畜牧业、渔业、农产品加工业

答案：C。

解析：本题难度不大，直接考察《土地管理法》第15条的规定，根据该条规定，承包经营集体所有的土地可以从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产，不包括农产品加工业，因此本题答案为C选项。



## 重点法条

第十六条 土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。

单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。

当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起 30 日内，向人民法院起诉。

在土地所有权和使用权争议解决前，任何一方不得改变土地利用现状。

## 法条精解

本条规定了土地争议的解决方式。

1. 对于土地所有权和使用权的争议，县级以上人民政府处理单位之间的争议，乡级以上人民政府可以处理个人之间、个人与单位之间的争议。

2. 需要特别注意的是土地所有权和使用权的争议行政处理是诉讼的前置程序。

## 真题示例

(2007-1-24) 李庄和赵庄为相邻一块土地的所有权归属发生争议，李庄的村干部就此事请示乡长。乡长的下列哪一答复意见是错误的？

- A. “这件事，乡政府可以出面召集你们双方协商解决。”
- B. “如果你们双方达不成协议，我们乡政府是无权处理的。”
- C. “你们可以去县政府申请处理，也可以直接去县法院起诉。”
- D. “在纠纷解决之前，你们双方必须维持土地利用的现状。”

答案：C。

解析：土地确权纠纷，由当事人协商解决；协商不成的，提请人民政府做出确权处理。未经人民政府做出确权处理，当事人直接提起诉讼的，人民法院不予受理。乡级人民政府只能处理个人之间或者个人与单位之间的土地权属争议，无权处理单位之间的土地权属争议。所以 B 选项的说法是正确的。根据《土地管理法》第 16 条的规定，没有经过县政府处理，当事人直接提起诉讼的，人民法院是不会受理的，所以 C 选项是错误的，应选。

## 重点法条

第二十一条 土地利用总体规划实行分级审批。

省、自治区、直辖市的土地利用总体规划，报国务院批准。

省、自治区人民政府所在地的市、人口在 100 万以上的城市以及国务院指定的城市的土地利用总体规划，经省、自治区人民政府审查同意后，报国务院批准。

本条第二款、第三款规定以外的土地利用总体规划，逐级上报省、自治区、直辖市人民政府批准；其中，乡（镇）土地利用总体规划可以由省级人民政府授权的设区的市、自治州人民政府批准。

土地利用总体规划一经批准，必须严格执行。

### 【关联法条】

#### 《土地管理法》

第二十四条 各级人民政府应当加强土地利用计划管理，实行建设用地总量控制。

土地利用年度计划，根据国民经济和社会发展规划、国家产业政策、土地利用总体规划以及建设用地和土地利用的实际状况编制。土地利用年度计划的编制审批程序与土地利用总体规划的编制审批程序相同，一经审批下达，必须严格执行。

第二十五条 省、自治区、直辖市人民政府应当将土地利用年度计划的执行情况列为国民经济和社会发展规划执行情况的内容，向同级人民代表大会报告。

## 法条精解

本条规定了土地利用总体规划的批准机关。

1. 省、自治区、直辖市的土地利用总体规划，报国务院批准。



2. 省、自治区人民政府所在地的市、人口在 100 万以上的城市以及国务院指定的城市的土地利用总体规划，经省、自治区人民政府审查同意后，报国务院批准。

3. 其他土地利用总体规划，逐级上报省、自治区、直辖市人民政府批准；其中，乡（镇）土地利用总体规划可以由省级人民政府授权的设区的市、自治州人民政府批准。

### 真题示例

（2004-1-87）某县政府以“振兴本县经济”为由，在土地利用总体规划以外，批准征用农用地 15 公顷（包括基本农田 5 公顷），供该县经济开发总公司建设工业园区。对该批准行为的下列表述何者为正确？

- A. 县政府无权批准征用基本农田，也无权批准该宗农用地转为建设用地
- B. 县政府无权批准征用基本农田，但有权批准该宗农用地除去基本农田以外的部分转为建设用地
- C. 县政府可以先将该基本农田转为一般农用地，然后批准该宗农用地转为建设用地
- D. 县政府可以先修改土地利用总体规划，然后在该规划范围内批准该宗农用地除去基本农田以外的部分转为建设用地

答案：A。

解析：县政府没有征收土地的批准权，更不用说征收基本农田。建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续。题干中点明了本次征收是在土地利用总体规划之外进行的，这种情形下建设项目占用土地，涉及农用地转为建设用地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，县政府是没有批准权的。因此 BC 两项是错误的。土地利用总体规划的修改，须经原批准机关批准，因此县政府也无权对土地利用总体规划随意进行修改，所以 D 选项也是错误的。总而言之，县政府既无权批准征用基本农田，也无权批准该宗农用地转为建设用地，本题唯有 A 选项正确。

### 重点法条

第二十六条 经批准的土地利用总体规划的修改，须经原批准机关批准；未经批准，不得改变土地利用总体规划确定的土地用途。

经国务院批准的大型能源、交通、水利等基础设施建设用地，需要改变土地利用总体规划的，根据国务院的批准文件修改土地利用总体规划。

经省、自治区、直辖市人民政府批准的能源、交通、水利等基础设施建设用地，需要改变土地利用总体规划的，属于省级人民政府土地利用总体规划批准权限内的，根据省级人民政府的批准文件修改土地利用总体规划。

### 法条精解

本条规定了对土地利用总体规划的修改的批准权限。

1. 根据第 2 款和第 3 款修改土地利用总体规划的由原编制机关根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府的批准文件修改。

2. 修改后的土地利用总体规划应当报原批准机关批准。上一级土地利用总体规划修改后，涉及修改下一级土地利用总体规划的，由上一级人民政府通知下一级人民政府作出相应修改，并报原批准机关备案。

### 重点法条

第二十七条 国家建立土地调查制度。

县级以上人民政府土地行政主管部门会同同级有关部门进行土地调查。土地所有者或者使用者应当配合调查，并提供有关资料。

第二十八条 县级以上人民政府土地行政主管部门会同同级有关部门根据土地调查成果、规划土地用途和国家制定的统一标准，评定土地等级。

第二十九条 国家建立土地统计制度。

县级以上人民政府土地行政主管部门和同级统计部门共同制定统计调查方案，依法进行土地统计，定期发布土地统计资料。土地所有者或者使用者应当提供有关资料，不得虚报、瞒报、拒报、迟报。

土地行政主管部门和统计部门共同发布的土地面积统计资料是各级人民政府编制土地利用总体规划的依据。







第三十条 国家建立全国土地管理信息系统，对土地利用状况进行动态监测。

第三十四条 国家实行基本农田保护制度。下列耕地应当根据土地利用总体规划划入基本农田保护区，严格管理：

- (一) 经国务院有关主管部门或者县级以上地方人民政府批准确定的粮、棉、油生产基地内的耕地；
- (二) 有良好的水利与水土保持设施的耕地，正在实施改造计划以及可以改造的中、低产田；
- (三) 蔬菜生产基地；
- (四) 农业科研、教学试验田；
- (五) 国务院规定应当划入基本农田保护区的其他耕地。

各省、自治区、直辖市划定的基本农田应当占本行政区域内耕地的 80% 以上。

基本农田保护区以乡（镇）为单位进行划区定界，由县级人民政府土地行政主管部门会同同级农业行政主管部门组织实施。

#### 【关联法条】

第四十条 开发未确定使用权的国有荒山、荒地、荒滩从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产的，经县级以上人民政府依法批准，可以确定给开发单位或者个人长期使用。

### 法条精解

农田耕地的保护是热点问题，所以相关的法条也就应该引起足够的重视。首先就是要掌握基本农田的内容。

### 重点法条

第三十七条 禁止任何单位和个人闲置、荒芜耕地。已经办理审批手续的非农业建设占用耕地，1 年内不用而又可以耕种并收获的，应当由原耕种该幅耕地的集体或者个人恢复耕种，也可以由用地单位组织耕种；1 年以上未动工建设的，应当按照省、自治区、直辖市的规定缴纳闲置费；连续 2 年未使用的，经原批准机关批准，由县级以上人民政府无偿收回用地单位的土地使用权；该幅土地原为农民集体所有的，应当交由原农村集体经济组织恢复耕种。

在城市规划区范围内，以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的闲置土地，依照《中华人民共和国城市房地产管理法》的有关规定办理。

承包经营耕地的单位或者个人连续 2 年弃耕抛荒的，原发包单位应当终止承包合同，收回发包的耕地。

### 法条精解

本条规定了对耕地的特别保护。

1. 注意已经办理审批手续的非农业建设占用耕地 1 年以上未动工建设的应当缴纳闲置费，连续 2 年未使用的经原批准机关批准后由县级以上人民政府无偿收回。

2. 对于承包经营的耕地连续 2 年弃耕抛荒的应当终止承包合同。

### 重点法条

第四十三条 任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。

前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地。

第四十四条 建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续。

省、自治区、直辖市人民政府批准的道路、管线工程和大型基础设施建设项目、国务院批准的建设项目占用土地，涉及农用地转为建设用地的，由国务院批准。

在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准。在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准。

本条第二款、第三款规定以外的建设项目占用土地，涉及农用地转为建设用地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准。



## 【关联法条】

### 《土地管理法》

第四十七条 征收土地的，按照被征收土地的原用途给予补偿。

征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。征收耕地的土地补偿费，为该耕地被征收前3年平均年产值的6至10倍。征收耕地的安置补助费，按照需要安置的农业人口数计算。需要安置的农业人口数，按照被征收的耕地数量除以征地前被征收单位平均每人占有耕地的数量计算。每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准，为该耕地被征收前3年平均年产值的4至6倍。但是，每公顷被征收耕地的安置补助费，最高不得超过被征收前3年平均年产值的15倍。

征收其他土地的土地补偿费和安置补助费标准，由省、自治区、直辖市参照征收耕地的土地补偿费和安置补助费的标准规定。

被征收土地上的附着物和青苗的补偿标准，由省、自治区、直辖市规定。

征收城市郊区的菜地，用地单位应当按照国家有关规定缴纳新菜地开发建设基金。

依照本条第二款的规定支付土地补偿费和安置补助费，尚不能使需要安置的农民保持原有生活水平的，经省、自治区、直辖市人民政府批准，可以增加安置补助费。但是，土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前3年平均年产值的30倍。

国务院根据社会、经济发展水平，在特殊情况下，可以提高征收耕地的土地补偿费和安置补助费的标准。

## 法条精解

房地产和拆迁无疑是近年来最热门的话题，所以关于房地产用地和补偿的问题理应成为重要的复习内容。这里我们应该掌握的是土地的取得方式以及补偿的标准和方式。

## 重点法条

第四十五条 征收下列土地的，由国务院批准：

- (一) 基本农田；
- (二) 基本农田以外的耕地超过35公顷的；
- (三) 其他土地超过70公顷的。

征收前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。

征收农用地的，应当依照本法第四十四条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批，超过征地批准权限的，应当依照本条第一款的规定另行办理征地审批。

## 法条精解

本条规定了征收土地的批准权。

1. 必须准确记忆需要由国务院批准的土地和农用地转用审批。
2. 对于农用地转用审批在审批机关征收土地批准权限内的同时办理征地审批手续。

## 真题示例

(2005-1-72) 下列建设用地项目哪些应当由国务院批准？

- A. 开发未确定使用权的国有荒山200公顷，从事林业生产
- B. 征用集体所有的荒滩100公顷，用于兴建高尔夫球场和度假村
- C. 经省人民政府批准的道路建设项目，涉及农用地转为建设用地
- D. 经直辖市人民政府批准的教育项目，需征用基本农田以外的耕地200公顷

答案：BCD。

解析：根据《土地管理法》第40条的规定，开发未确定使用权的国有荒山200公顷，从事林业生产的建设项目是无须国务院批准的，因此A选项是错误的。根据《土地管理法》第45条第1款的规定，B选项属于其他土地超过70公顷的情形，D选项属于征用基本农田以外的耕地超过35公顷的情形，均需要国务院



的批准。根据《土地管理法》第44条的规定，C选项属于农用地转为建设用地的情形，应由国务院批准。因此本题正确答案为BCD。

**重点法条**

第四十九条 被征地的农村集体经济组织应当将征收土地的补偿费用的收支状况向本集体经济组织的成员公布，接受监督。

禁止侵占、挪用被征收土地单位的征地补偿费用和其他有关费用。

**法条精解**

- 本条规定了对被征地的农村集体经济组织关于征收土地的补偿费用收支的公开义务和其他义务。
1. 被征地的农村集体经济组织应当将征收土地的补偿费用的收支状况向本集体经济组织的成员公布，接受监督。
  2. 禁止侵占、挪用被征收土地单位的征地补偿费用和其他有关费用。

**重点法条**

第五十四条 建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得；但是，下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得：

- (一) 国家机关用地和军事用地；
- (二) 城市基础设施用地和公益事业用地；
- (三) 国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；
- (四) 法律、行政法规规定的其他用地。

**法条精解**

- 本条规定了可以以划拨方式取得的土地，包括：
1. 国家机关用地和军事用地。
  2. 城市基础设施用地和公益事业用地，其中基础设施指的是为社会生产和居民生活提供公共服务的的基础工程设施。
  3. 国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地。
  4. 法律、行政法规规定的其他用地。

**真题示例**

(2005-1-26) 土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。依据有关法律规定，下列哪一建设用地项目不能取得划拨土地使用权？

- A. 望湖乡政府办公楼建设用地
- B. 西关镇人民医院建设用地
- C. 南湖别墅区通往南山镇的道路建设用地
- D. 民办北岭大学校区扩建用地

答案：C。

解析：本题中A项属于国家机关用地，B项属于公益事业用地，D项属于公益事业用地，C项南湖别墅区通往南山镇的道路建设用地主要是作为别墅区的配套设施存在，其服务对象有限，既不属于城市基础设施用地，也不属于国家重点扶持的交通基础设施用地。所以C项不能以划拨取得土地使用权。

**重点法条**

第五十八条 有下列情形之一的，由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有关批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权：

- (一) 为公共利益需要使用土地的；
- (二) 为实施城市规划进行旧城区改建，需要调整使用土地的；



- (三) 土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满, 土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准的;
- (四) 因单位撤销、迁移等原因, 停止使用原划拨的国有土地的;
- (五) 公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。

依照前款第(一)项、第(二)项的规定收回国有土地使用权的, 对土地使用权人应当给予适当补偿。

### 法条精解

本条规定了可以收回国有土地使用权的情形。包括:

1. 为公共利益需要使用土地的, 此情形需要给土地使用者适当补偿。
2. 为实施城市规划进行旧城区改建, 需要调整使用土地的, 此情形需要给土地使用者适当补偿。
3. 土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满, 土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准的。
4. 因单位撤销、迁移等原因, 停止使用原划拨的国有土地的。
5. 公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。

注意符合规定的收回国有土地使用权的批准机关是原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府。

### 重点法条

第六十条 农村集体经济组织使用乡(镇)土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业的, 应当持有关批准文件, 向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请, 按照省、自治区、直辖市规定的批准权限, 由县级以上地方人民政府批准; 其中, 涉及占用农用地的, 依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

按照前款规定兴办企业的建设用地, 必须严格控制。省、自治区、直辖市可以按照乡镇企业的不同行业和经营规模, 分别规定用地标准。

### 法条精解

本条是对农村集体经济组织对乡(镇)土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业的规定。

### 重点法条

第六十二条 农村村民一户只能拥有一处宅基地, 其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

农村村民建住宅, 应当符合乡(镇)土地利用总体规划, 并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。

农村村民住宅用地, 经乡(镇)人民政府审核, 由县级人民政府批准; 其中, 涉及占用农用地的, 依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

农村村民出卖、出租住房后, 再申请宅基地的, 不予批准。

### 法条精解

本条是对农村宅基地的规定。需要注意的有三点:

1. 农村村民一户只能拥有一处宅基地, 并且其面积不得超标。
2. 农村村民建住宅, 应当符合乡(镇)土地利用总体规划, 并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。
3. 农村村民出卖、出租住房后, 再申请宅基地的, 不予批准。

### 重点法条

第六十三条 农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设; 但是, 符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业, 因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外。

第六十五条 有下列情形之一的, 农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准, 可以收回土地使用权:

- (一) 为乡(镇)村公共设施和公益事业建设, 需要使用土地的;
- (二) 不按照批准的用途使用土地的;
- (三) 因撤销、迁移等原因而停止使用土地的。

依照前款第(一)项规定收回农民集体所有的土地的, 对土地使用权人应当给予适当补偿。



关于农村的宅基地的规定主要掌握：一户只能拥有一个宅基地，不能超过一定的标准，农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准，以及收回土地使用权的情形。

## 重点法条

第七十七条 农村村民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地建住宅的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地，限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋。

超过省、自治区、直辖市规定的标准，多占的土地以非法占用土地论处。

第七十八条 无权批准征收、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的，超越批准权限非法批准占用土地的，不按照土地利用总体规划确定的用途批准用地的，或者违反法律规定的程序批准占用、征收土地的，其批准文件无效，对非法批准征收、使用土地的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。非法批准、使用的土地应当收回，有关当事人拒不归还的，以非法占用土地论处。

非法批准征收、使用土地，对当事人造成损失的，依法应当承担赔偿责任。

第八十二条 不依照本法规定办理土地变更登记的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令其限期办理。

第八十三条 依照本法规定，责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的，建设单位或者个人必须立即停止施工，自行拆除；对继续施工的，作出处罚决定的机关有权制止。建设单位或者个人对责令限期拆除的行政处罚决定不服的，可以在接到责令限期拆除决定之日起 15 日内，向人民法院起诉；期满不起诉又不自行拆除的，由作出处罚决定的机关依法申请人民法院强制执行，费用由违法者承担。

第八十四条 土地行政主管部门的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

## 法条精解

农村占用耕地建房的情况很普遍，这种情况属于非法占用土地建住宅，必须限期拆除，另外要注意其他一些违法用地的情况的责任。

## 真题示例

1. (2009-2-43) 村民陈某在本村建一住宅。镇政府认定其非法占用土地，违反《土地管理法》，作出拆除房屋、退还土地的决定，随后将房屋强制拆除。陈某向法院提起诉讼，请求撤销镇政府的决定、确认拆除行为违法。关于镇政府的权力，下列哪一选项是正确的？

- A. 有权作出拆除决定，但无权强制执行
- B. 有权作出拆除决定，也有权强制执行
- C. 无权作出拆除决定，也无权强制执行
- D. 无权作出拆除决定，但可以强制执行

答案：C。

解析：本题考核行政主体的职权。根据《土地管理法》第 77 条规定，有权作出限期拆除决定的是县级以上人民政府土地行政主管部门，镇政府无权作出该决定，故排除 AB 项。根据《土地管理法》第 83 条规定，镇政府也无权强制执行，排除 D 项，C 项正确。这道题提示我们，在复习行政法时，还要关注与行政法相关的大纲要求的其他法律、法规，比如《土地管理法》、《环境保护法》等。

2. (2005-2-47) A 市某县土地管理局以刘某非法占地建住宅为由，责令其限期拆除建筑，退还所占土地。刘某不服，申请行政复议。下列哪一种说法是正确的？

- A. 复议机关只能为 A 市土地管理局
- B. 若刘某撤回复议申请，则无权再提起行政诉讼
- C. 刘某有权委托代理人代为参加复议
- D. 若复议机关维持了某县土地管理局的决定，刘某逾期不履行的，某县土地管理局可以自行强制执行

答案：C。

解析：在本题中，土地管理局不是实行垂直领导的行政机关，不能适用《行政复议法》第 12 条，所以复议机关可可是 A 市土地管理局，也可以是县政府。据此，选项 A 不正确。本案依法不属于复议前置的案



件；根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第35条，若刘某撤回复议申请，在法定起诉期限内仍有权提起行政诉讼。选项B错误。根据《行政复议法》第10条第5款，选项C正确。根据《行政复议法》第33条第1项，复议机关维持了某县土地管理局的决定，刘某逾期不履行的，由县土地管理局负责执行事宜；根据《土地管理法》第83条，土地管理部门没有自行强制执行权，只能依法申请人民法院强制执行。据此，选项D错误。

## 《农村土地承包法》

### 重点法条

第三条 国家实行农村土地承包经营制度。

农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。

### 法条精解

本条规定了农村土地承包经营制度。需要注意的是农村土地承包经营不限于家庭承包经营方式。

### 真题示例

(2006-1-24) 刘家村在本村“四荒”土地发包过程中的下列哪种做法不符合《农村土地承包法》的规定？

- A. 村东的荒沟通过招标方式发包给邻村人张某
- B. 村西的荒丘通过拍卖方式发包给外乡人王某和陈某
- C. 村北的荒山通过公开协商方式发包给县林业开发公司
- D. 村南的荒滩依据村委会决议发包给本村人黄某、刘某和邱某组成的股份合作社

答案：D。

解析：根据《农村土地承包法》第3条和第46条的规定，农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。荒山、荒沟、荒丘、荒滩等可以直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营，也可以将土地承包经营权折股分给本集体经济组织成员后，再实行承包经营或者股份合作经营。故A、B、C合法，荒滩发包不能由村委会决议决定，选项D不符合规定。故本题答案为D。

### 重点法条

第五条 农村集体经济组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土地。

任何组织和个人不得剥夺和非法限制农村集体经济组织成员承包土地的权利。

### 法条精解

本条规定了农村集体经济组织成员承包由本集体经济组织发包的农村土地的权利。

### 重点法条

第十二条 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会发包；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组发包。村集体经济组织或者村民委员会发包的，不得改变村内各集体经济组织农民集体所有的土地的所有权。

国家所有依法由农民集体使用的农村土地，由使用该土地的农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组发包。

### 法条精解

本条需要注意的是家庭承包的发包方。

1. 村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会发包。





2. 已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组发包。

## 重点法条

第十六条 承包方享有下列权利：

- (一) 依法享有承包地使用、收益和土地承包经营权流转的权利，有权自主组织生产经营和处置产品；
- (二) 承包地被依法征用、占用的，有权依法获得相应的补偿；
- (三) 法律、行政法规规定的其他权利。

## 法条精解

本条明确规定了承包方的权利：

1. 依法享有承包地使用、收益和土地承包经营权流转的权利，有权自主组织生产经营和处置产品，特别注意土地承包经营权可以流转。
2. 承包地被依法征用、占用的，有权依法获得相应的补偿。
3. 法律、行政法规规定的其他权利。

## 重点法条

第十七条 承包方承担下列义务：

- (一) 维持土地的农业用途，不得用于非农建设；
- (二) 依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害；
- (三) 法律、行政法规规定的其他义务。

## 法条精解

本条明确规定了承包方的义务：

1. 不得将承包地用于非农建设，应当维持土地的农业用途。
2. 依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害。
3. 法律、行政法规规定的其他义务。

## 重点法条

第二十条 耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

## 法条精解

本条规定了承包期限：

1. 耕地的承包期为 30 年；
2. 草地的承包期为 30 年至 50 年；
3. 林地的承包期为 30 年至 70 年，注意特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

## 重点法条

第二十二条 承包合同成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。

## 法条精解

本条规定了承包合同的生效时间和土地承包经营权的取得时间，这两个时间均为承包合同成立之日。

## 真题示例

(2006 - 1 - 68) 下列关于我国土地使用权法律制度的哪些表述是正确的？

- A. 土地使用权既可以有偿取得，也可以无偿取得
- B. 就权利性质而言，土地使用权属于用益物权



C. 国有土地使用权的主体既可以是法人，也可以是个人

D. 农林土地承包经营权的取得不以登记为要件

答案：ABCD。

**解析：**根据《土地管理法》第54条和第55条的规定，土地使用权的取得方式有两种：出让和划拨。出让是有偿取得方式，划拨则属于无偿取得方式。可见，土地使用权可以有偿取得，也可以无偿取得，因此A选项是正确的。用益物权是指对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利，《物权法》中规定的用益物权类型包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权，因此就权利性质而言，土地使用权属于用益物权。B选项是正确的。根据《土地管理法》第9条规定，C选项中国有土地使用权的主体既可以是法人，也可以是个人是正确的。根据《农村土地承包法》第22条规定承包合同自成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权，该条并未规定土地承包经营权在登记后取得，因此D选项正确。由此可知，本题答案为ABCD。

### 重点法条

第二十六条 承包期内，发包方不得收回承包地。

承包期内，承包方全家迁入小城镇落户的，应当按照承包方的意愿，保留其土地承包经营权或者允许其依法进行土地承包经营权流转。

承包期内，承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的，应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的，发包方可以收回承包的耕地和草地。

承包期内，承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时，承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补偿。

### 法条精解

本条是对承包期内收回承包地的规定，原则上承包期内，发包方不得收回承包地，需要注意的是：

1. 承包方全家迁入小城镇落户的，按照承包方的意愿决定。

2. 承包方全家迁入设区的市，转为非农业户口的，应当交回承包的耕地和草地。承包方不交回的，发包方可以收回承包的耕地和草地。

3. 承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时，承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补偿。

### 重点法条

第二十九条 承包期内，承包方可以自愿将承包地交回发包方。承包方自愿交回承包地的，应当提前半年以书面形式通知发包方。承包方在承包期内交回承包地的，在承包期内不得再要求承包土地。

### 法条精解

本条是对承包期内承包方自愿交回承包地的规定，注意承包方应当提前半年以书面形式通知发包方并且在承包期内不得再要求承包土地。

### 重点法条

第三十三条 土地承包经营权流转应当遵循以下原则：

（一）平等协商、自愿、有偿，任何组织和个人不得强迫或者阻碍承包方进行土地承包经营权流转；

（二）不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途；

（三）流转的期限不得超过承包期的剩余期限；

（四）受让方须有农业经营能力；

（五）在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。

### 法条精解

本条规定了土地承包经营权流转原则，需要注意的是：

1. 不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途。





2. 流转的期限不得超过承包期的剩余期限。
3. 在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。

### 真题示例

(2007-1-73) 关于农村土地承包经营权，下列哪些选项是正确的？

- A. 家庭承包的承包方只能是本集体经济组织的农户
- B. 通过家庭承包方式取得的土地承包经营权可以转让给本集体经济组织以外的人
- C. 土地承包经营权的性质属于不动产物权，其取得与转让无须登记而发生效力
- D. 家庭承包不能通过招标、拍卖、协商的方式进行

答案：ABCD。

解析：根据《农村土地承包法》第15条的规定，家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户，因此A选项是正确的。根据《农村土地承包法》第32条的规定，通过家庭承包方式取得的土地承包经营权是可以采取转让的方式流转的，因此B选项正确。土地承包经营权的客体是土地，属于不动产，因此其权利性质属于不动产物权。法律并未强制规定土地承包经营权的转让需要登记，登记仅是土地承包经营权转让的对抗要件而非生效要件，因此C选项是正确的。农村土地承包经营采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，四荒地在不采取家庭承包方式的情况下可以采取招标、拍卖、公开协商的方式承包，因此家庭承包是不能通过招标、拍卖、协商的方式进行的，D选项是正确的。因此本题的正确选项是ABCD。

### 重点法条

第四十四条 不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，通过招标、拍卖、公开协商等方式承包的，适用本章规定。

### 法条精解

本条规定了家庭承包以外的承包方式。注意采用招标、拍卖、公开协商等方式承包的土地仅限于不宜采取家庭承包方式的“四荒”地。

### 重点法条

第四十七条 以其他方式承包农村土地，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先承包权。

### 法条精解

本条规定了以其他方式承包农村土地时本集体经济组织成员在同等条件下的优先承包权。

### 重点法条

第五十一条 因土地承包经营发生纠纷的，双方当事人可以通过协商解决，也可以请求村民委员会、乡（镇）人民政府等调解解决。

当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的，可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，也可以直接向人民法院起诉。

### 法条精解

本条规定了因土地承包经营发生的纠纷的解决途径：

1. 双方当事人可以通过协商解决。
2. 可以请求村民委员会、乡（镇）人民政府等调解解决。
3. 可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁。
4. 向人民法院起诉。

注意这4种解决途径并无先后次序，当事人可以自由选择。

### 真题示例

(2008-1-26) 根据《土地管理法》的规定，关于土地权益的纠纷，下列哪一选项是错误的？

A. 村民甲与村卫生所发生土地使用权争议，协商不成可找乡政府处理，对乡政府处理决定不服还可向法院起诉

B. 村民乙与邻居发生宅基地纠纷，应先向县土地主管部门申请行政调处，对调处决定不服的，可以土地主管部门为被告向法院提起行政诉讼

C. 村民丙因土地承包经营权与村委会发生纠纷，协商调解不成可向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，对仲裁裁决不服还可以向法院起诉

D. 村民丁因擅自占地建房被县土地主管部门处罚，如对行政处罚决定不服可以向法院提起行政诉讼

答案：B。

解析：个人之间发生争议，由乡级或者县级政府处理，对处理结果不服可以向人民法院起诉。这里的诉讼是针对土地所有权和使用权的权属争议，因而是民事诉讼而不是行政诉讼，所以 B 是错误的，应当选。因土地承包经营发生纠纷的，双方当事人可以通过协商解决，也可以请求村民委员会、乡（镇）人民政府等调解解决。当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的，可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，也可以直接向人民法院起诉。第 52 条规定：“当事人对农村土地承包仲裁机构的仲裁裁决不服的，可以在收到裁决书之日起三十日内向人民法院起诉。逾期不起诉的，裁决书即发生法律效力。”根据以上两个法律条文可知，C 项的说法是正确的。根据《行政诉讼法》第 11 条的规定，村民丁对行政处罚决定不服的，可以提起行政诉讼。因此，D 选项说法是正确的。

## 《城市房地产管理法》

### 重点法条

第二条 在中华人民共和国城市规划区国有土地（以下简称国有土地）范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、房地产交易，实施房地产管理，应当遵守本法。

本法所称房屋，是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。

本法所称房地产开发，是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

本法所称房地产交易，包括房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。

### 法条精解

本条需要注意的是法条中规定的几个概念，简单了解即可。

### 重点法条

第八条 土地使用权出让，是指国家将国有土地使用权（以下简称土地使用权）在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

### 法条精解

本条是对土地使用权出让的定义。注意国家将国有土地使用权出让是在一定年限内。

### 重点法条

第九条 城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可以有偿出让。

### 法条精解

本条是对城市规划区内的集体所有的土地有偿出让的规定。城市规划区内的集体所有的土地出让前必须经依法征用后转为国有土地。

### 重点法条

第十三条 土地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。

商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、



招标方式的，可以采取双方协议的方式。

采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

法条精解

本条是对土地使用权出让方式的规定。需要注意的是：

- 1. 商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式。
- 2. 采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

重点法条

第十七条 土地使用者按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，市、县人民政府土地管理部门必须按照出让合同约定，提供出让的土地；未按照出让合同约定提供出让的土地的，土地使用者有权解除合同，由土地管理部门返还土地使用权出让金，土地使用者并可以请求违约赔偿。

法条精解

本条需要注意的是，市、县人民政府土地管理部门未按照出让合同约定提供出让的土地时，土地使用者有权解除合同，要求返还土地使用权出让金并请求违约赔偿。

重点法条

第十八条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

法条精解

本条是对土地出让后改变用途的规定。土地出让后土地使用者需要改变土地用途的必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，并且：

- 1. 签订土地使用权出让合同变更协议。
- 2. 重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

重点法条

第二十条 国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。

法条精解

本条是对土地使用权出让后收回的规定。注意在使用年限届满前，根据社会公共利益的需要依法提前收回的，应当根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。

重点法条

第二十二条 土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金。

土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的，土地使用权由国家无偿收回。

法条精解

本条规定了土地使用权延期制度。需要注意的是：

- 1. 合同届满前，土地使用者应当至迟于届满前1年申请续期。
- 2. 使用者一经申请，出让者原则上应予以批准。





3. 根据社会公共利益需要收回该幅土地的,可以不予批准。
4. 一旦批准,双方应当重新签订土地使用权出让合同,依照规定支付土地使用权出让金。
5. 土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准的,土地使用权由国家无偿收回。

## 重点法条

第二十六条 以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满1年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费;满2年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权;但是,因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。

## 法条精解

本条规定的是土地使用权出让后土地闲置的处理。注意:

1. 超过出让合同约定的动工开发日期满1年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费。
2. 满2年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权。
3. 免责情形包括因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延三种情形。

## 重点法条

第三十条 房地产开发企业是以营利为目的,从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业,应当具备下列条件:

- (一) 有自己的名称和组织机构;
- (二) 有固定的经营场所;
- (三) 有符合国务院规定的注册资本;
- (四) 有足够的专业技术人员;
- (五) 法律、行政法规规定的其他条件。

设立房地产开发企业,应当向工商行政管理部门申请设立登记。工商行政管理部门对符合本法规定条件的,应当予以登记,发给营业执照;对不符合本法规定条件的,不予登记。

设立有限责任公司、股份有限公司,从事房地产开发经营的,还应当执行公司法的有关规定。

房地产开发企业在领取营业执照后的1个月内,应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

## 法条精解

本条规定的是房地产开发企业的设立条件。需要注意的是房地产开发企业在领取营业执照后的一个月,应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

## 真题示例

(2005-1-76) 下列有关房地产开发企业设立的说法,哪些是正确的?

- A. 房地产开发企业可以是有限责任公司、股份有限公司
- B. 设立房地产开发企业,应当向房地产管理部门和工商管理部门申请设立登记
- C. 房地产开发企业的注册资本标准,适用国务院的规定。
- D. 没有足够的专业技术人员,不得设立房地产开发企业

答案: ACD。

解析: 根据《城市房地产管理法》第30条的规定,设立设立有限责任公司、股份有限公司,从事房地产开发经营的,还应当执行公司法的有关规定,可见房地产开发企业可以是有限责任公司和股份有限公司,因此A选项是正确的。设立房地产开发企业,向工商行政管理部门申请设立登记即可,不必向房地产管理部门申请,因此B选项是错误的。该条第1款第3项明确指出房地产开发企业必须有符合国务院规定的注册资本,因此C选项是正确的。第4项明确指出需要有足够的专业技术人员,因此D项是正确的。



## 重点法条

第三十二条 房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。

## 法条精解

本条需要注意的是房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权是同时转让、抵押的，具有不可分性。

## 重点法条

第三十九条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：

(一) 按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；

(二) 按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的 25% 以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

## 法条精解

本条需要注意的是以出让方式取得土地使用权的房地产转让的条件，即“一金一投资一证书”。

1. 一金：已经支付全部土地使用权出让金。

2. 一投资：属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的 25% 以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

3. 一证书：取得土地使用权证书。房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

## 重点法条

第四十条 以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。

以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

## 法条精解

本条规定的是以出让划拨取得土地使用权的房地产转让的条件：

1. 应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。

2. 有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续。

3. 受让方缴纳土地使用权出让金。在有批准权的人民政府按照国务院规定决定不办理土地使用权出让手续的情况下，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

## 真题示例

(2002-1-52) 划拨是取得国有土地使用权的方式之一。下列关于划拨土地使用权的表述，哪些是正确的？

A. 划拨土地使用权可以由使用者无偿取得，也可以有偿使用

B. 划拨土地使用权转让的，转让方必须先办理土地使用权出让手续

C. 划拨土地使用权人不能对土地使用权进行抵押或出租

D. 以营利为目的出租划拨土地上建成的房屋，应当将租金中所含土地收益上缴国家

答案：AD。

解析：根据《城市房地产管理法》第 23 条第 1 款的规定，土地使用权划拨的一种情形就是将土地使用权无偿交付给土地使用者使用，因此 A 选项正确。根据该法第 40 条第 1 款的规定，划拨土地使用权转让的，应该由受让方办理而不是转让方办理，因此 B 项是错误的，不应选。根据该法第 48 条第 2 款的规定，以出让方式取得的土地使用权是可以设定抵押权的。因此 C 选项不应选。该法第 56 条规定，以营利为目



的,房屋所有权人将以划拨方式取得使用权的国有土地上建成的房屋出租的,应当将租金中所含土地收益上缴国家。因此 D 选项是正确的,应选。

### 重点法条

第四十五条 商品房预售,应当符合下列条件:

(一) 已交付全部土地使用权出让金,取得土地使用权证书;

(二) 持有建设工程规划许可证;

(三) 按提供预售的商品房计算,投入开发建设的资金达到工程建设总投资的 25% 以上,并已经确定施工进度和竣工交付日期;

(四) 向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记,取得商品房预售许可证明。

商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。

商品房预售所得款项,必须用于有关的工程建设。

### 法条精解

本条规定了商品房预售的条件,对其规定的各项条件记忆即可。

### 重点法条

第五十二条 房地产抵押合同签订后,土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时,可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖,但对拍卖新增房屋所得,抵押权人无权优先受偿。

### 法条精解

本条需要注意的是房地产抵押合同签订后,土地上新增的房屋不属于抵押财产的,对于该部分的拍卖所得抵押权人无权优先受偿。

## 《环境保护法》

### 重点法条

第七条 国务院环境保护行政主管部门,对全国环境保护工作实施统一监督管理。

县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门,对本辖区的环境保护工作实施统一监督管理。

国家海洋行政主管部门、港务监督、渔政渔港监督、军队环境保护部门和各级公安、交通、铁道、民航管理部门,依照有关法律的规定对环境污染防治实施监督管理。

县级以上人民政府的土地、矿产、林业、农业、水利行政主管部门,依照有关法律的规定对资源的保护实施监督管理。

### 法条精解

本条规定的是环境执法机关,包括:

1. 国务院环境保护行政主管部门主管全国环境保护工作。

2. 县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门主管对本辖区的环境保护工作。

3. 国家海洋行政主管部门、港务监督、渔政渔港监督、军队环境保护部门和各级公安、交通、铁道、民航管理部门,依照有关法律的规定进行环境污染防治的监督管理工作。

4. 县级以上人民政府的土地、矿产、林业、农业、水利行政主管部门,依照有关法律的规定对资源的保护实施监督管理。

### 真题示例

(2006-1-76) 某节目演出组到某山区演出,该地属自然保护区范围。演出组在某一天然景点搭设了一座栈桥,为运送演出设备在区内修建了一条简易公路。区内环境和植被因此遭受一定程度的毁坏。演出



计划得到了主管部门和当地政府批准，演出组并已付钱请当地人承担恢复原貌工作。关于该事件的下列哪些意见是错误的？

- A. 演出组在该自然保护区内景点修建的是临时建筑物，其影响环境的行为不受我国环境保护法的约束
- B. 演出组为了演出需要而搭设栈桥，不属于工业性项目，也没有排放污染，环境保护管理部门无需过问
- C. 演出组的行为即使对当地环境有影响，也不构成跨区环境问题，不属于国务院环境保护行政主管部门的监管范围
- D. 对于该演出组的上述行为，我国法律目前没有可适用的处罚规定

答案：ABCD。

解析：根据《环境保护法》第6条的规定，该演出组的行为虽然是临时的，也没有排放污染，但构成了对环境的破坏，故A、B错误。根据该法第7条第1款的规定，该演出组的行为虽不构成跨区环境问题，但国务院环境保护行政主管部门仍有权监管，故C错误；该法第38条规定了行政处罚，故D错误；由此可知，本题答案为ABCD。

重点法条

第九条 国务院环境保护行政主管部门制定国家环境质量标准。  
省、自治区、直辖市人民政府对国家环境质量标准中未作规定的项目，可以制定地方环境质量标准，并报国务院环境保护行政主管部门备案。

法条精解

本条需要注意的有两点：  
1. 国家环境质量标准由国务院环境保护行政主管部门制定。  
2. 省、自治区、直辖市人民政府可以通过制定地方环境质量标准对国家环境质量标准中未作规定的项目进行规定，但需要报国务院环境保护行政主管部门备案。

真题示例

(2004-1-27) 下列有关环境质量标准的说法哪一个是正确的？  
A. 环境质量标准包括国家环境标准和各级地方政府制定的地方环境标准  
B. 对国家污染物排放标准已作规定的项目，不得制定地方标准  
C. 凡是向已有地方污染物排放标准的区域排污的，应当执行该地方标准  
D. 地方污染物排放标准必须报国务院环境保护行政主管部门批准  
答案：C。

解析：根据《环境保护法》第9条的规定可知，A项错在只有对国家环境质量标准中未作规定的项目，才可以制定地方标准，B项明显错误；D项错在地方标准必须报国务院环境保护行政主管部门备案，而不是批准。因此本题答案为C选项。

重点法条

第十三条 建设污染环境的项目，必须遵守国家有关建设项目环境保护管理的规定。  
建设项目的环境影响报告书，必须对建设项目产生的污染和对环境的影响作出评价，规定防治措施，经项目主管部门预审并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准。环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书。

法条精解

本条需要注意的是建设项目的环境影响报告书必须经项目主管部门预审并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准，批准后计划部门方可批准建设项目设计任务书。

真题示例

(2005-1-25) 根据《中华人民共和国环境保护法》的规定，环境影响报告书应在建设项目的哪一阶段报批？

- A. 设计阶段
- C. 竣工验收阶段

- B. 可行性研究阶段
- D. 投入使用阶段

答案：B。

解析：根据《环境保护法》第13条的规定可知，环境影响报告书应该在设计阶段之前报批，因此正确选项为B。

### 重点法条

第二十条 各级人民政府应当加强对农业环境的保护，防治土壤污染、土地沙化、盐渍化、贫瘠化、沼泽化、地面沉降和防治植被破坏、水土流失、水源枯竭、种源灭绝以及其他生态失调现象的发生和发展，推广植物病虫害的综合防治，合理使用化肥、农药及植物生长激素。

### 法条精解

本条规定的是对农业环境的保护。简单记忆一下法条规定的各项措施即可。

### 真题示例

(2009-1-77) 根据《环境保护法》规定，下列哪些选项属于农业环境保护的措施？

- A. 防治土地沙化、盐渍化、贫瘠化、沼泽化
- B. 防治植被破坏、水土流失、水源枯竭
- C. 推广植物病虫害的综合防治
- D. 合理使用化肥、农药及植物生长激素

答案：ABCD。

解析：本题考察的是农业环境保护的措施。根据《环境保护法》第20条的规定，本题可以直接得出答案，难度不大。

### 重点法条

第二十六条 建设项目中防治污染的设施，必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。防治污染的设施必须经原审批环境影响报告书的环境保护行政主管部门验收合格后，该建设项目方可投入生产或者使用。

防治污染的设施不得擅自拆除或者闲置，确有必要拆除或者闲置的，必须征得所在地环境保护行政主管部门同意。

### 法条精解

本条规定了“三同时制度”，即防治污染的设施，必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。此外，防治污染的设施确有必要拆除或者闲置的，必须征得所在地环境保护行政主管部门同意。

### 真题示例

(2008-1-76) 某企业防治污染的设施年久老化，需拆除重建。根据《环境保护法》的规定，该企业应履行下列哪些程序？

- A. 旧设施拆除经企业上级主管部门批准后即可实施
- B. 旧设施拆除须经所在地环保局同意后方可实施
- C. 新设施建成后应当按规定报请验收
- D. 新设施建设期间该企业必须停止生产

答案：BC。

解析：根据《环境保护法》第26条第2款的规定，防治污染的设施确有必要拆除或者闲置的，必须征得所在地环境保护行政主管部门同意。所以A是错误的，B是正确的。该条第1款规定，新的建设项目建设完成后也是应当报请验收，合格后方能使用。所以C项是正确的。新设施建设期间并不要求企业一定停止生产，所以D项不应选。

### 重点法条

第二十八条 排放污染物超过国家或者地方规定的污染物排放标准的企业事业单位，依照国家规定缴





纳超标标准排污费，并负责治理。水污染防治法另有规定的，依照水污染防治法的规定执行。

征收的超标标准排污费必须用于污染的防治，不得挪作他用，具体使用办法由国务院规定。

### 法条精解

本条是对标准排污费的规定。超标排污费是指排放污染物超过国家或者地方规定的污染物排放标准的企业事业单位缴纳的专用于防治污染的费用。

### 真题示例

(2008-1-77) 某造纸厂已取得排污许可证，并缴纳了排污费。但环保局检测发现，造纸厂所排污水中多项污染物指标超出了省级水污染物排放标准。根据《环境保护法》的规定，下列哪些选项是正确的？

A. 该厂拥有排污许可证并缴纳了排污费，所排污水虽然超出了省级水污染物排放标准，但未超过国家标准，故不违法

B. 该厂应缴纳超标排污费，并治理污染

C. 环保局有权对该厂进行罚款

D. 环保局有权责令该厂停业或关闭

答案：BC。

解析：A 选项中造纸厂在省内排放污染物的应当执行地方污染物排放标准，超过即为违法，因此不应选。B 选项说法是正确的，排放超标的需缴纳超标排污费并负责治理。C 选项造纸厂虽然缴纳了排污费但是没有缴纳超标排污费，环保局有权对其进行罚款。D 选项环保局按照法律规定是无权责令经限期治理逾期未完成治理任务的企业事业单位停业关闭的，因此是错误的。本题答案为 BC。

### 重点法条

第二十九条 对造成环境严重污染的企业事业单位，限期治理。

中央或者省、自治区、直辖市人民政府直接管辖的企业事业单位的限期治理，由省、自治区、直辖市人民政府决定。市、县或者市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理，由市、县人民政府决定。被限期治理的企业事业单位必须如期完成治理任务。

### 法条精解

造成环境严重污染的企业事业单位有限期治理的义务。主要注意的是：

1. 中央或者省、自治区、直辖市人民政府直接管辖的企业事业单位的限期治理，由省、自治区、直辖市人民政府决定。

2. 市、县或者市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理，由市、县人民政府决定。

### 重点法条

第四十一条 造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失。

赔偿责任和赔偿金额的纠纷，可以根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他依照本法律规定行使环境监督管理权的部门处理；当事人对处理决定不服的，可以向人民法院起诉。当事人也可以直接向人民法院起诉。

完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成环境污染损害的，免于承担责任。

### 法条精解

本条规定了造成环境污染危害的赔偿责任。需要注意的是完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成环境污染损害的情况下不需要承担责任。

### 真题示例

(2008-1-75) 关于环境民事责任的免责，下列哪些选项是错误的？

A. 凡不可抗拒的自然灾害造成环境污染的，均应免责



- B. 第三者责任造成污染损失的，排污单位免责
- C. 污染损失由受害者自身责任引起，排污单位也要承担责任
- D. 排污单位积极采取减排措施，虽减少了污染损失，仍不可以免责

答案：AC。

解析：根据环境保护法的规定，环境民事责任的免责事由有三：一是有不可抗力造成并且行为人及时采取合理措施；二是受害者自我致害；三是第三者过错。可见，BD 是正确的，不应当选。A 项单纯认为不可抗力造成污染就能免责是错误的，应选。受害者自我致害是排污单位的免责事由，所以 C 项也是错误的，应当选。

### 重点法条

第四十二条 因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为三年，从当事人知道或者应当知道受到污染损害时起计算。

### 法条精解

本条注意一下因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为 3 年即可。

### 真题示例

(2007 - 1 - 76) 某化工厂将废水直接排入河道，流入秦某的鱼塘，造成鱼塘的鱼全部死亡。该厂承认其侵权，但对秦某提出的赔偿数额不接受。对此，下列哪些选项是正确的？

- A. 秦某可以请求环境保护行政主管部门处理
- B. 秦某对环境保护行政主管部门的处理决定不服的，可以向法院起诉
- C. 秦某可以不经环境保护行政主管部门处理而直接向法院起诉
- D. 秦某要求损害赔偿的诉讼时效为 2 年

答案：ABC。

解析：根据《环境保护法》第 41 条，秦某可以请求环境保护行政主管部门处理，对处理决定不服可以向法院起诉，也可以直接向法院起诉，所以 ABC 正确。因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为 3 年，所以 D 项错误。

## 《劳动法》

### 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。

国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。

### 法条精解

本条规定了劳动法适用的主体范围，包括企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体和劳动者。

### 真题示例

(2009 - 1 - 70) 关于劳动关系的表述，下列哪些选项是正确的？

- A. 劳动关系是特定当事人之间的法律关系
- B. 劳动关系既包括劳动者与用人单位之间的关系也包括劳动行政部门与劳动者、用人单位之间的关系
- C. 劳动关系既包括财产关系也包括人身关系
- D. 劳动关系既具有平等关系的属性也具有从属关系的属性

答案：ACD。

解析：选项 A 正确。劳动关系的当事人是特定的，一方是劳动者，另一方是用人单位。选项 B 错误。



劳动行政部门与劳动者、用人单位之间的关系属于与劳动关系密切联系的其他社会关系。选项 C 正确。劳动关系具有人身属性,用人单位有权依法管理和使用劳动者。劳动关系具有财产关系的属性,劳动者有提供劳动力,用人单位向劳动者支付报酬。选项 D 正确。双方当事人在建立、变更劳动关系时,应依照平等自愿、合法原则进行,因而劳动关系具有平等性。同时,劳动关系具有从属性,劳动关系一经确立,劳动者成为用人单位的职工,与用人单位存在身份、组织和经济上的从属关系,用人单位按照其劳动规章制度管理和使用劳动者,双方形成管理与被管理、支配与被支配的关系。

重点法条

第三条 劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

劳动者应当完成劳动任务,提高职业技能,执行劳动安全卫生规程,遵守劳动纪律和职业道德。

法条精解

本条规定了劳动者的权利和义务,重点在于劳动者的权利。

重点法条

第十三条 妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

法条精解

本条规定了女性的平等就业权。妇女享有与男子平等的就业权利,企业在录用职工时不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准,但是国家规定的不适合妇女的工种或者岗位除外。

重点法条

第十五条 禁止用人单位招用未满 16 周岁的未成年人。

文艺、体育和特种工艺单位招用未满 16 周岁的未成年人,必须依照国家有关规定,履行审批手续,并保障其接受义务教育的权利。

法条精解

本条是对禁止招用童工的规定。

- 1. 童工是指未满 16 周岁的未成年人。
- 2. 文艺、体育和特种工艺单位招用未满 16 周岁的未成年人,必须履行审批手续,并保障其接受义务教育的权利。

真题示例

(2005-1-20) 某建筑工程队低价招用 20 名学徒工,合同中规定他们每天必须从事高空作业或繁重搬运工作,否则不能结算当月工资。用工当月,工程队因违反安全施工规定造成事故,致使学徒工多人伤亡。有关部门经调查发现这些学徒工均是不满 15 周岁的边远地区农民子弟。对此,劳动行政部门拟采取的下列哪一项措施不符合法律规定?

- A. 责令雇主解除劳动合同,遣返这批学徒工
- B. 责令雇主承担遣返费用,并给予经济补偿
- C. 收缴雇主在非法用工期间的经营所得
- D. 告知事故受害者及其家属向雇主索赔的权利,并协助他们向雇主索赔

答案: C。

解析: 本题中建筑工程队不属于文艺、体育和特种工艺单位的范围,其雇佣 15 岁童工的行为违法,劳动行政部门责令雇主解除劳动合同,遣返这批学徒工和责令雇主承担遣返费用并给予经济补偿的措施是适当的。D 选项的措施也没有违反法律规定。C 选项于法无据,为应选选项。

## 重点法条

第三十九条 企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。

## 法条精解

本条是对企业实行其他工作和休息办法的规定，企业实行其他工作和休息办法必须满足以下两个条件：

1. 企业因生产特点不能实行劳动法第36条、第38条规定。
2. 经劳动行政部门批准。

## 真题示例

(2005-1-66) 根据劳动法的规定，下列有关工作时间的说法，哪些是正确的？

- A. 我国实行劳动者每日工作时间不超过8小时，平均每周工作时间不超过44小时的制度
- B. 用人单位应当保证劳动者每周休息2日
- C. 用人单位不能实行法定工作时间，需要实行其他工作时间的，必须经过劳动行政部门的批准
- D. 用人单位因生产经营需要而延长工作时间的，应当与工会和劳动者协商，而且一般不得超过1小时

答案：ACD。

解析：根据《劳动法》的规定，国家实行劳动者每日工作时间不超过8小时、平均每周工作时间不超过44小时的工时制度。因此A选项正确。用人单位应当保证劳动者每周至少休息1日，因此B选项错误。企业因生产特点不能实行一般规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。因此C选项正确。用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过1小时。因此D选项正确。值得注意的是，我国早已开始实行每周40小时工作制，但是《劳动法》和2007年颁布的《劳动合同法》都没有对法定劳动时间进行新的规定，因此只能按照《劳动法》的明文规定解答。

## 重点法条

第四十一条 用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过1小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过3小时，但是每月不得超过36小时。

## 法条精解

本条是对延长工作时间的规定。用人单位延长工作时间需要注意：

1. 由于生产经营需要。
2. 经与工会和劳动者协商。

3. 一般每日不得超过1小时，因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过3小时，但是每月不得超过36小时。

## 真题示例

(2007-1-26) 在下列哪种情况下，用人单位延长劳动者工作时间应受到《劳动法》有关限制性规定的约束？

- A. 发生自然灾害、事故或者其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的
- B. 生产设备发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的
- C. 交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的
- D. 用人单位取得大量订单，为了在短期内完成交货，必须组织突击生产的

答案：D。

解析：根据《劳动法》第41条和第42条的规定，D项是正确答案。

## 重点法条

第四十二条 有下列情形之一的，延长工作时间不受本法第四十一条的限制：





- (一) 发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；
- (二) 生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；
- (三) 法律、行政法规规定的其他情形。

### 法条精解

本条是对用人单位延长工作时间限制的除外规定。对于本条规定的情形应当清楚的记忆。

### 重点法条

第四十四条 有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

- (一) 安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的 150% 的工资报酬；
- (二) 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的 200% 的工资报酬；
- (三) 法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的 300% 的工资报酬。

### 法条精解

本条是对加班报酬的规定。

1. 延长工作时间的，加班费不低于工资的 150%。
2. 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，加班费不低于工资的 200%。
3. 法定休假日安排劳动者工作的加班费低于工资的 300%。

### 真题示例

(2004-1-28) 王某的日工资为 80 元。2004 年 5 月 1 日至 7 日，根据政府规定放假 7 天，其中 3 天属于法定假日，4 天属于前后两周的周末公休日。公司安排王某在这 7 天加班。根据劳动法的规定，公司除应向王某支付每日 80 元的工资外，还应当向王某支付多少加班费？

- A. 560 元
- B. 800 元
- C. 1120 元
- D. 1360 元

答案：B。

解析：根据《劳动法》第 44 条的规定，公司应支付王某的工资报酬总共为 1360 元，减去 7 天的日基本工资 560 元，应支付王某加班费 800 元。

### 重点法条

第四十五条 国家实行带薪年休假制度。

劳动者连续工作 1 年以上的，享受带薪年休假。具体办法由国务院规定。

### 法条精解

本条是对带薪年休假的规定。

### 重点法条

第四十八条 国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。

用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。

### 法条精解

本条是对最低工资保障的规定。注意最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。

### 重点法条

第五十三条 劳动安全卫生设施必须符合国家规定的标准。



新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。

### 法条精解

本条规定的是劳动安全卫生设施的“三同时制度”，即新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用，与环境法上的“三同时制度”相类似。

### 真题示例

(2009-1-72) 东星公司新建的化工生产线在投入生产过程中，下列哪些行为违反《劳动法》规定？

- A. 安排女技术员参加公司技术攻关小组并到位于地下的设备室进行检测
- B. 在防止有毒气体泄漏的预警装置调试完成之前，开始生产线的试运行
- C. 试运行期间，从事特种作业的操作员已经接受了专门培训，但未取得相应的资格证书
- D. 试运行开始前，未对生产线上的员工进行健康检查

答案：BC。

解析：本题考核职业安全卫生法的规定。选项 A 仅是安排女技术员到位于地下的设备室进行检测，不属于《劳动法》规定的矿山井下的情形。选项 B 违反《劳动法》规定。劳动安全设施应该与生产线同时启用。选项 C 违反《劳动法》规定。从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。《劳动法》规定对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。D 选项仅是在试运行开始前，未对生产线上的员工进行健康检查，并未违反该规定。

### 重点法条

第五十四条 用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

### 法条精解

本条需要注意的是用人单位对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

### 重点法条

第五十九条 禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。

### 法条精解

本条需要注意的是用人单位不得安排女职工从事的工作包括矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动以及其他禁忌从事的劳动。

### 重点法条

第六十条 不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

### 法条精解

本条是对女职工经期的特别保护。需要注意的还有对女职工孕期和哺乳期也实行特别保护。

1. 经期特别保护：不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

2. 孕期特别保护：不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕 7 个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

3. 哺乳期特别保护：不得安排女职工在哺乳未满 1 周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。



## 重点法条

第七十条 国家发展社会保险事业，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。

## 法条精解

本条是对社会保险的规定。社会保险的目的在于使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。

## 真题示例

(2006-1-74) 下列关于社会保险基金的哪些表述符合《劳动法》的规定？

A. 国家设立社会保险基金，是为了使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿

B. 用人单位和劳动者都必须缴纳社会保险费

C. 劳动者死亡后，其遗属依法享受社会保险基金支付的遗属津贴

D. 社会保险基金的经办机构负有使社会保险基金保值增值的责任

答案：ABCD。

解析：根据《劳动法》第70条的规定，A正确。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费，故B正确。劳动者死亡后，其遗属依法享受遗属津贴，故C正确。社会保险基金经办机构依照法律规定收支、管理和运营社会保险基金，并负有使社会保险基金保值增值的责任，故D正确。由此可知，本题答案为ABCD。

## 重点法条

第七十三条 劳动者在下列情形下，依法享受社会保险待遇：

(一) 退休；

(二) 患病、负伤；

(三) 因工伤残或者患职业病；

(四) 失业；

(五) 生育。

劳动者死亡后，其遗属依法享受遗属津贴。

劳动者享受社会保险待遇的条件和标准由法律、法规规定。

劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付。

## 法条精解

本条是对劳动者享受社会保险待遇情形的规定，包括退休、患病、负伤、因工伤残或者患职业病、失业、生育。

## 重点法条

第七十九条 劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

## 法条精解

本条规定了劳动争议的解决程序。需要记住的是劳动争议属于先裁后审的争议，对仲裁裁决不服的，才可以向人民法院提起诉讼。相关制度需要注意的是：

1. 劳动争议仲裁委员会以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当分别情况予以处理：①属于劳动争议案件的，应当受理；②虽不属于劳动争议案件，但属于人民法院主管的其他案件，应当依法受理。



2. 劳动者和用人单位均不服劳动争议仲裁委员会的同一裁决,向同一人民法院起诉的,人民法院应当并案审理,双方当事人互为原告和被告。在诉讼过程中,一方当事人撤诉的,人民法院应当根据另一方当事人的诉讼请求继续审理。

### 重点法条

第八十条 在用人单位内,可以设立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会由职工代表、用人单位代表和工会代表组成。劳动争议调解委员会主任由工会代表担任。

劳动争议经调解达成协议的,当事人应当履行。

### 法条精解

本条是对用人单位劳动争议调解委员会的规定。劳动争议调解委员会由职工代表、用人单位代表和工会代表组成,并且主任由工会代表担任,但是劳动争议调解委员会不是企业的必设机构。

### 重点法条

第八十三条 劳动争议当事人对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

### 法条精解

本条需要注意的是:

1. 对仲裁裁决不服向法院起诉的期限是自收到仲裁裁决书之日起15日。
2. 一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

### 重点法条

第九十一条 用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的,由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿,并可以责令支付赔偿金:

- (一) 克扣或者无故拖欠劳动者工资的;
- (二) 拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的;
- (三) 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的;
- (四) 解除劳动合同后,未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。

### 法条精解

本条重点在于劳动行政部门责令用人单位支付劳动者的工资报酬、经济补偿,并可以责令支付赔偿金的情形,对于本条规定的四种情形要准确记忆。

## 《劳动争议解释》

### 重点法条

第六条 人民法院受理劳动争议案件后,当事人增加诉讼请求的,如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性,应当合并审理;如属独立的劳动争议,应当告知当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

### 法条精解

当事人在人民法院受理劳动争议案件后增加诉讼请求的,应当区分不同的情形:

1. 如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性,应当合并审理。
2. 如属独立的劳动争议,应当告知当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

### 重点法条

第十条 用人单位与其他单位合并的,合并前发生的劳动争议,由合并后的单位为当事人;用人单位



分立为若干单位的，其分立前发生的劳动争议，由分立后的实际用人单位为当事人。

用人单位分立为若干单位后，对承受劳动权利义务的单位不明确的，分立后的单位均为当事人。

### 法条精解

在用人单位主体变化的情况下，区分不同的情形认定当事人：

1. 用人单位与其他单位合并的，合并前发生的劳动争议，由合并后的单位为当事人。
2. 用人单位分立为若干单位的，其分立前发生的劳动争议，由分立后的实际用人单位为当事人。
3. 用人单位分立为若干单位后，对承受劳动权利义务的单位不明确的，分立后的单位均为当事人。

### 重点法条

第二十条 用人单位对劳动者作出的开除、除名、辞退等处理，或者因其他原因解除劳动合同确有错误的，人民法院可以依法判决予以撤销。

对于追索劳动报酬、养老金、医疗费以及工伤保险待遇、经济补偿金、培训费及其他相关费用等案件，给付数额不当的，人民法院可以予以变更。

### 法条精解

本条重点在于第1款，对用人单位对劳动者作出的开除、除名、辞退等处理或者因其他原因解除劳动合同的决定确有错误的，人民法院可以依法判决予以撤销。

## 《劳动合同法》

### 重点法条

第二条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

### 法条精解

本条规定了《劳动合同法》的适用范围：

1. 企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同。
2. 国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同。

本条所指的劳动关系是指劳动者与用人单位（包括各类企业、个体工商户、事业单位等）在实现劳动过程中建立的社会经济关系。

### 重点法条

第四条 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

### 法条精解

本条着重规定了用人单位的义务和工会或职工的权利。本条需要注意的是：



1. 用人单位应当与工会或者职工代表平等协商确定的事项是有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项。

2. 工会或者职工认为规章制度和重大事项决定不适当的有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

3. 直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定应当公示，或者告知劳动者。

### 重点法条

第七条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

### 法条精解

注意劳动关系是自用工之日起建立的。

### 重点法条

第十条 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

### 法条精解

本条需要注意的是劳动合同的订立时间，建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

### 重点法条

第十一条 用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

### 法条精解

本条是对新招用劳动者劳动报酬约定不明确或者没有约定的规定的情况下劳动报酬确定的规定：

1. 按照集体合同规定的标准执行。

2. 没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

### 重点法条

第十四条 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

### 法条精解

本条是对无固定期限劳动合同的规定。无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。订立无固定期限劳动合同的情形包括：

1. 用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。

2. 劳动者在该用人单位连续工作满10年的续订劳动合同的。

3. 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续





工作满10年且距法定退休年龄不足10年的续订劳动合同的。

4. 连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有《劳动合同法》第39条和第40条第1项和第2项规定的情形，续订劳动合同的。

5. 用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

其中第2~4项在续订合同时劳动者提出订立固定期限劳动合同的可以订立固定期限劳动合同。

### 真题示例

(2009-1-71) 2009年2月，下列人员向所在单位提出订立无固定期限劳动合同，哪些人具备法定条件？

A. 赵女士于1995年1月到某公司工作，1999年2月辞职，2002年1月回到该公司工作

B. 钱先生于1985年进入某国有企业工作。2006年3月，该企业改制成为私人控股的有限责任公司，年满50岁的钱先生与公司签定了三年期的劳动合同

C. 孙女士于2000年2月进入某公司担任技术开发工作，签定了为期三年、到期自动续期三年且续期次数不限的劳动合同。2009年1月，公司将孙女士提升为技术部副经理

D. 李先生原为甲公司的资深业务员，于2008年2月被乙公司聘请担任市场开发经理，约定：先签定一年期合同，如果李先生于期满时提出请求，可以与公司签定无固定期限劳动合同

答案：BCD。

解析：本题考核无固定期限劳动合同的规定。根据《劳动合同法》第14条的规定，选项A错误。根据《劳动合同法》第14条第2款第2项规定，选项B正确。根据《劳动合同法》第14条第2款第3项的规定，选项C正确。选项D属于用人单位与劳动者协商一致的情况，故选项D正确。

### 重点法条

第十八条 劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

### 法条精解

本条是对劳动报酬和劳动条件约定不明引发争议的解决方式的规定。

1. 用人单位与劳动者可以重新协商。

2. 协商不成的，适用集体合同规定。

3. 没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

### 重点法条

第十九条 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

### 法条精解

本条是对试用期的规定。注意试用期是包含在劳动合同期限内的。对于试用期的限制为：

1. 劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月。

2. 劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月。

3. 3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。

4. 试用期是在同一当事人之间是唯一的，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

5. 以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满3个月的，不得约定试用期。



## 重点法条

第二十条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

## 法条精解

本条是对试用期工资的规定。注意试用者工资不得低于以下两个标准：

1. 本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的80%。
2. 用人单位所在地的最低工资标准。

## 重点法条

第二十二条 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

## 法条精解

本条是关于服务期的规定。需要注意的是：

1. 约定服务期的前提：用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训。
2. 劳动者违反服务期的责任：应当按照约定向用人单位支付违约金。
3. 对服务期违约金的限制：数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。
4. 其他事项：服务期不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

## 重点法条

第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

## 法条精解

本条是对保密义务和竞业限制的规定。需要注意的是：

1. 劳动者的保密义务是劳动合同中可以约定的事项而不是必须约定的事项。
2. 用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与负有保密义务的劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。
3. 劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

## 重点法条

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

## 法条精解

本条是对竞业限制的规定。

1. 适用竞业限制的劳动者的范围：高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。





2. 竞业限制的范围、地域、期限：由用人单位与劳动者约定，但不得违反法律、法规的规定。
3. 竞业限制期限：不得超过2年。

### 重点法条

第二十六条 下列劳动合同无效或者部分无效：

- (一) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；
- (二) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；
- (三) 违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

### 法条精解

本条是对无效或者部分无效的劳动合同的规定。劳动合同无效或者部分无效的情形包括：

1. 欺诈、胁迫的手段或者乘人之危违背对方真实意思的。
2. 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的。
3. 违反法律、行政法规强制性规定的。

对于劳动合同的无效或者部分无效争议的确认由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

### 重点法条

第二十八条 劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

### 法条精解

本条是对劳动合同被确认无效法律后果的规定。

1. 劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。
2. 劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

### 重点法条

第三十七条 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

### 法条精解

本条是对劳动者解除合同的规定。劳动者解除合同的条件是：

1. 提前30日以书面形式通知用人单位。
2. 试用期内提前3日通知用人单位，注意试用期内劳动者解除合同是没有其他限制的，只需提前3日通知用人单位。

### 重点法条

第三十八条 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- (一) 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- (二) 未及时足额支付劳动报酬的；
- (三) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- (四) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- (五) 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- (六) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

### 法条精解

本条是对劳动者可以解除合同的情形的规定，可以分为：

1. 劳动者如要解除劳动合同，应提前 30 日，以书面形式解除的情形：

(1) 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件；

(2) 用人单位未及时足额支付劳动报酬；

(3) 用人单位依法为劳动者缴纳社会保险费；

(4) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；

(5) 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效；

(6) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

2. 劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位的情形：用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。

### 重点法条

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

(一) 在试用期间被证明不符合录用条件的；

(二) 严重违反用人单位的规章制度的；

(三) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

(四) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

(五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

(六) 被依法追究刑事责任的。

### 法条精解

本条是对用人单位解除劳动合同情形的规定，注意本条与《劳动法》的规定相比，多了以下两种情形：

1. 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的。

2. 劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效。

### 重点法条

第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

(一) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

(二) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

(三) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

### 法条精解

本条规定了用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同的情形，包括：

1. 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的。

2. 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

3. 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

本条规定的额外支付劳动者 1 个月工资应当按照该劳动者上 1 个月的工资标准确定。

### 重点法条

第四十一条 有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分





之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

- (一) 依照企业破产法规定进行重整的；
- (二) 生产经营发生严重困难的；
- (三) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；
- (四) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

- (一) 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- (二) 与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- (三) 家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

### 法条精解

本条是对企业裁员的规定。注意：

1. 本条所规定的裁员是指用人单位需要裁减人员 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上。

2. 裁员的程序：应当提前 30 日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，将裁减人员方案向劳动行政部门报告后可以裁员。

3. 可以裁员的情形：

- (1) 依照企业破产法规定进行重整的；
- (2) 生产经营发生严重困难的；
- (3) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；
- (4) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

4. 裁员时应当优先留用的人员包括：

- (1) 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- (2) 本单位订立无固定期限劳动合同的；
- (3) 家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

5. 裁员后的义务：裁员 6 个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

### 重点法条

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

(一) 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

(二) 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

(三) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

(四) 女职工在孕期、产期、哺乳期的；

(五) 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

(六) 法律、行政法规规定的其他情形。

### 法条精解

本条是对禁止企业解除劳动合同的情形的规定，需要注意的是：

1. 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查。

2. 疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的。

3. 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的。

4. 女职工在孕期、产期、哺乳期的。



5. 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的。
6. 法律、行政法规规定的其他情形。

## 重点法条

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

- (一) 劳动合同期满的；
- (二) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- (三) 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- (四) 用人单位被依法宣告破产的；
- (五) 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

## 法条精解

本条是对劳动合同终止情形的规定，可分为以下四种情形：

1. 期满：劳动合同期满。
2. 退休：劳动者开始依法享受基本养老保险待遇。
3. 主体消灭：
  - (1) 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
  - (2) 用人单位被依法宣告破产的；
  - (3) 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的。
4. 其他：法律、行政法规规定的其他情形。

## 重点法条

第四十六条 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

- (一) 劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；
- (二) 用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；
- (三) 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；
- (四) 用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的；
- (五) 除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；
- (六) 依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；
- (七) 法律、行政法规规定的其他情形。

## 法条精解

本条是对适用经济补偿的情形规定：

1. 劳动者解除合同的情形：
  - (1) 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件；
  - (2) 用人单位未及时足额支付劳动报酬；
  - (3) 用人单位依法为劳动者缴纳社会保险费；
  - (4) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
  - (5) 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效；
  - (6) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形；
  - (7) 用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。
2. 用人单位提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的。
3. 用人单位解除劳动合同的情形：





(1) 用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后解除劳动合同的情形：

① 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

② 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

③ 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

(2) 用人单位在法定情形下裁员 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上的情况下解除劳动合同的。

4. 劳动合同期满不再续订劳动合同的，但用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外。

5. 用人单位被依法宣告破产或者被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散而解除劳动合同的。

6. 法律、行政法规规定的其他情形。

### 真题示例

(2006-1-66) 某企业与职工解除劳动关系时，在经济补偿方面的下列哪些做法不符合《劳动法》的规定？

A. 李某的试用期刚过一半，被发现不符合录用条件，企业决定在解除劳动合同时支付试用期的全部工资，但不支付经济补偿金

B. 张某尚未达到退休年龄，但决定提前办理退休手续，企业告知，此情况下只支付养老金而不支付经济补偿金

C. 吴某在劳动合同解除后，根据有关规定将领取失业救济金，企业决定从经济补偿金中作适当扣除

D. 肖某因患病被解除劳动合同，企业发给经济补偿金，同时发给不低于 6 个月工资的医疗补助费并在经济补偿金中作相应抵偿

答案：CD（当年参考答案为 ACD）。

解析：A 选项中企业因为李某在试用期不符合录用条件而解除合同按照法律规定是不需要支付经济补偿金的，所以其实 A 选项是符合法律规定的。司法部公布的答案中有 A 项，我们认为值得商榷。B 选项中张某乐意领取失业救济金、社会救济金、养老金，但是无权要求经济补偿，所以 B 选项符合法律规定。C 选项中劳动者有权同时领取失业救济金和经济补偿金，因此企业做法是违法的，应选。D 选项中企业因为职工患病解除劳动合同，应当同时支付经济补偿金和医疗补助费。二者不能抵消，因此 D 选项做法是不符合法律规定的，为应选项。

### 重点法条

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

### 法条精解

本条是对经济补偿计算的规定。

1. 一般情况下，按劳动者在本单位工作的年限，每满 1 年支付 1 个月工资的标准计算，6 个月以上不满 1 年的，按 1 年计算；不满 6 个月的，以半个月工资标准计算。

2. 劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资 3 倍时按照职工月平均工资 3 倍的数额为标准计算，并且计算年限最高不超过 12 年。

3. 月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月的平均工资。

### 重点法条

第四十八条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。

### 法条精解

本条是对用人单位违反《劳动合同法》规定解除或者终止劳动合同法律责任的规定：

1. 劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行。
2. 劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照《劳动合同法》第 87 条规定的经济补偿标准的 2 倍向劳动者支付赔偿金。

### 重点法条

第五十一条 企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

### 法条精解

本条是对集体合同的规定。

1. 集体合同内容：劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项。
2. 订立程序：职工一方与用人单位通过平等协商并且集体合同草案经职工代表大会或者全体职工讨论通过。
3. 签订主体：由工会代表企业职工一方与用人单位订立，未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

### 真题示例

(2006-1-28) 关于集体合同的下列哪一表述是错误的？

- A. 未建立工会的企业，集体合同应由职工推举的代表与企业签订
- B. 劳动合同中的劳动条件和劳动报酬标准可以高于集体合同的规定
- C. 并非所有的企业都必须签订集体合同
- D. 集体合同必须经劳动行政部门审查批准方能生效

答案：D。

解析：根据《劳动合同法》第 51 条的规定，集体合同并不是强制性的，故 A、C 项正确。根据《劳动合同法》第 54 条的规定，D 项错误。根据《劳动合同法》第 55 条规定，B 项正确。本题答案为 D。

### 重点法条

第五十四条 集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。

依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

### 法条精解

本条需要注意的是集体合同的生效时间，劳动行政部门自收到集体合同文本之日起 15 日内未提出异议的，集体合同即生效。



## 真题示例

(2005-1-67) 根据我国劳动法的规定, 劳动者与用人单位建立劳动关系, 应当订立劳动合同; 又规定企业职工方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项, 签定集体合同。劳动合同与集体合同有联系又有区别。下列关于两者异同点的表述, 哪些是正确的?

- A. 签订集体合同的当事人一方不是单个劳动者, 而是代表全体劳动者的工会
- B. 劳动者个人与企业订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬标准不得低于集体合同的规定
- C. 劳动合同和集体合同都是要式合同, 都必须以书面形式签订, 但备案、鉴证或公证都不是订立合同的必要条件
- D. 根据特别优于普通的原则, 个人劳动合同的效力优先于集体合同的效力

答案: AB。

解析: 集体合同是由用人单位的工会或者职工代表与用人单位签订的, 而劳动合同是劳动者个人与用人单位签订的, 所以 A 选项是正确的。B 选项的表述与《劳动合同法》第 55 条是一致的, 是正确的。D 选项中劳动合同规定的劳动报酬和劳动条件等标准如果低于集体合同约定的, 则无效。所以 D 选项是错误的。C 选项中集体合同是需要经劳动行政部门的登记、审查、备案的, 所以 C 选项是错误的。

## 重点法条

第五十五条 集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准; 用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

## 法条精解

本条是对集体合同中关于劳动报酬和劳动条件内容的规定。

- 1. 集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准。
- 2. 用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

## 重点法条

第五十六条 用人单位违反集体合同, 侵犯职工劳动权益的, 工会可以依法要求用人单位承担责任; 因履行集体合同发生争议, 经协商解决不成的, 工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。

## 法条精解

本条规定的是集体合同争议的处理。解决方式为协商解决、申请仲裁、提起诉讼。

## 重点法条

第五十八条 劳务派遣单位是本法所称用人单位, 应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同, 除应当载明本法第十七条规定的事项外, 还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同, 按月支付劳动报酬; 被派遣劳动者在无工作期间, 劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准, 向其按月支付报酬。

## 法条精解

本条是对劳务派遣制度的规定。需要注意的是:

- 1. 劳务派遣单位属于用人单位, 应当履行用人单位对劳动者的义务并与被派遣劳动者订立劳动合同。
- 2. 劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。
- 3. 劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同为固定期限劳动合同, 年限在 2 年以上。
- 4. 劳动报酬按月支付, 被派遣劳动者在无工作期间, 劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准向劳动者支付工资。



第五十九条 劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

### 法条精解

本条是对劳务派遣协议的规定。本条需要注意的是：

1. 劳务派遣协议是由劳务派遣单位与接受以劳务派遣形式用工的单位订立的。
2. 劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。
3. 派遣期限应当由用工单位根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定。
4. 禁止将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

### 真题示例

（2008-1-95~97）2008年5月，松园劳务派遣有限责任公司（简称“松园公司”）与天利房地产开发有限责任公司（简称“天利公司”）签订劳务派遣协议，将李某派遣到天利公司工作。根据有关法律规定，请回答第95~97题。

95. 松园公司与天利公司协商劳务派遣协议的下列条款中，不符合法律规定的有：

- A. 李某在天利公司的工作岗位，可不在劳务派遣协议中约定，由天利公司根据需要灵活决定
- B. 李某在天利公司的工作期限，可以在劳务派遣协议中约定为四个周期，每个周期为半年，每个周期结束前订立新的劳务派遣协议
- C. 李某在天利公司的劳动报酬，应当在劳务派遣协议中约定
- D. 双方对劳务派遣协议的内容负保密义务，不得向包括李某在内的任何人披露

答案：ABD。

**解析：**劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明基本的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况，A项说法错误。用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。因此，B项说法错误。劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。因此，C项说法正确。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。因此，D项说法错误。

96. 松园公司和天利公司对李某的下列做法中，不符合法律规定的有：

- A. 松园公司与李某签订到期可续签的一年期劳动合同
- B. 松园公司从李某每月工资中提取5%作为员工集体福利费
- C. 天利公司要求李某缴纳5000元岗位责任保证金
- D. 天利公司告知李某无权参加本公司工会

答案：ABCD。

**解析：**劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。因此，A项说法错误。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。因此，BC项说法错误。被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。因此，D项说法错误。

97. 天利公司将李某再派遣到自己的子公司，被李某拒绝。天利公司遂以李某不服从工作安排为由将其退回松园公司。随后，松园公司以李某已无工作为由解除劳动合同。对此，下列表述错误的是：





- A. 天利公司可以对李某进行再派遣，但不能因李某拒绝而将其退回
- B. 松园公司不得因李某已无工作而解除劳动合同
- C. 李某可以将天利公司或者松园公司作为被申请人，申请劳动争议仲裁
- D. 李某可以就其因劳动合同解除而受到的损失，请求天利公司和松园公司共同承担赔偿责任

答案：A。

解析：用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。因此，A 项说法错误。“李某已无工作”不属于《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形，因此，松园公司不得因李某已无工作而解除劳动合同，B 项说法正确。根据《劳动争议调解仲裁法》第 22 条规定，C 项说法正确。劳务派遣单位违反本法规定的，由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正；情节严重的，以每人 1000 元以上 5000 元以下的标准处以罚款，并由工商行政管理部门吊销营业执照；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。因此，D 项说法正确。

## 重点法条

第六十二条 用工单位应当履行下列义务：

- (一) 执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；
- (二) 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；
- (三) 支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；
- (四) 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；
- (五) 连续用工的，实行正常的工资调整机制。

用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

## 法条精解

本条规定了用工单位的义务，对于本条第 1 款的规定记忆即可，需要注意的是用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位的义务。

## 重点法条

第六十七条 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

## 法条精解

本条是对用人单位设立劳务派遣单位进行自我派遣的禁止。作出此规定的目的在于避免用人单位通过自我劳务派遣的方式规避其责任。

## 重点法条

第七十一条 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

## 法条精解

本条是对非全日制用工的规定。非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过 24 小时的用工形式。非全日制用工可以随时终止。

# 《劳动争议调解仲裁法》

## 重点法条

第二条 中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

- (一) 因确认劳动关系发生的争议；
- (二) 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；
- (三) 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；



- (四) 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;
- (五) 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议;
- (六) 法律、法规规定的其他劳动争议。

### 法条精解

本条是对劳动争议的规定。劳动争议包括:

1. 因确认劳动关系发生的争议,对于劳动关系的判断,必须注意与劳务关系的区别,可以采用以下标准:①用人单位与劳动者之间实际存在着管理与被管理、指挥与被指挥、监督与被监督的关系。②用人单位提供了基本的劳动条件,劳动条件包括劳动场所、劳动对象和劳动工具。此外,还可以考虑的标准是:劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分;用人单位向劳动者提供劳动报酬。
2. 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议。
3. 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议。
4. 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议。
5. 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议。
6. 法律、法规规定的其他劳动争议。

### 重点法条

第六条 发生劳动争议,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的,用人单位应当提供;用人单位不提供的,应当承担不利后果。

### 法条精解

本条是对劳动争议举证责任的规定。

1. 一般原则是谁主张谁举证。
2. 属于用人单位掌握管理的证据,用人单位应当提供,用人单位不提供的,应当承担不利后果。

### 重点法条

第十条 发生劳动争议,当事人可以到下列调解组织申请调解:

- (一) 企业劳动争议调解委员会;
- (二) 依法设立的基层人民调解组织;
- (三) 在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生,企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

### 法条精解

本条是对劳动争议调解的规定。本法所规定的调解组织包括:

1. 由职工代表和企业代表组成的企业劳动争议调解委员会。
2. 依法设立的基层人民调解组织。
3. 在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

### 重点法条

第十四条 经调解达成协议的,应当制作调解协议书。

调解协议书由双方当事人签名或者盖章,经调解员签名并加盖调解组织印章后生效,对双方当事人具有约束力,当事人应当履行。

自劳动争议调解组织收到调解申请之日起十五日内未达成调解协议的,当事人可以依法申请仲裁。

### 法条精解

本条是对调解协议书的规定。需要注意的是:

1. 调解协议书的生效时间是由双方当事人签名或者盖章,经调解员签名并加盖调解组织印章后生效。





2. 调解协议书对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

3. 调解的期限：自劳动争议调解组织收到调解申请之日起15日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。

### 重点法条

第十六条 因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

### 法条精解

本条是对当事人依据调解协议申请支付令的规定。需要注意的是可以申请支付令的调解协议限于因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成的调解协议。

### 重点法条

第二十二条 发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

### 法条精解

本条是对劳动争议仲裁当事人的认定。

1. 当事人为发生劳动争议的劳动者和用人单位。
2. 在劳务派遣当中，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

### 重点法条

第二十七条 劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

### 法条精解

本条是对劳动争议仲裁时效期间的规定：

1. 劳动争议申请仲裁的时效期间为1年，从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。
2. 时效中断：因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。
3. 时效中止：因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在其知道或者应当知道其权利被侵害之日起1年内申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。
4. 除外规定：劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，不受本条所规定的1年时间限制。但是，劳动关系终止的，仲裁时效期间从劳动关系终止之日起计算。

### 重点法条

第四十七条 下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：

- (一) 追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；
- (二) 因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

本条是对一裁终局的案件的规定。除法律另有规定外，一裁终局的案件包括：

1. 追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准 12 个月金额的争议。
2. 因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

## 《招标投标法》

### 重点法条

第三条 在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

- (一) 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；
- (二) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- (三) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。

法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。

### 法条精解

注意本条所规定的必须招标的项目：

1. 大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目。
2. 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目。
3. 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。
4. 法律或者国务院规定的其他必须进行招标的项目。

### 真题示例

(2007 - 1 - 71) 下列哪些项目必须进行招标？

- A. 某乡村公路建设，其投资的 70% 为国家资金，30% 为村民自筹
- B. 某港务局的计算机管理软件升级
- C. 某地受国际组织援助的防沙治沙项目
- D. 某市人防工程扩建项目

答案：ACD。

解析：根据《招标投标法》第 3 条的规定，A 选项属于部分使用国有资金的项目，C 选项属于使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。D 选项属于大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，都应当进行招标。B 选项不是法定的招标项目，因此本题应选 ACD。

### 重点法条

第十条 招标分为公开招标和邀请招标。

公开招标，是指招标人以招标公告的方式邀请不特定的法人或者其他组织投标。

邀请招标，是指招标人以投标邀请书的方式邀请特定的法人或者其他组织投标。

### 法条精解

本条规定了招标分为公开招标和邀请招标两种形式。

### 重点法条

第十一条 国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目不适宜公开招标的，经国务院发展计划部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准，可以进行邀请招标。



## 法条精解

本条是对邀请招标适用情形的规定。可以进行邀请招标的项目包括国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目。进行邀请招标的条件是：

1. 不适宜进行公开招标。
2. 经国务院发展计划部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准。

## 重点法条

第十二条 招标人有权自行选择招标代理机构，委托其办理招标事宜；任何单位和个人不得以任何方式为招标人指定招标代理机构。

招标人具有编制招标文件和组织评标能力的，可以自行办理招标事宜。任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。

依法必须进行招标的项目，招标人自行办理招标事宜的，应当向有关行政监督部门备案。

## 法条精解

本条是对招标代理的规定。需要注意的是：

1. 招标人有自主选择招标代理机构的权利，任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。
2. 具有编制招标文件和组织评标能力的招标人，有自行组织招标的权利。任何单位和个人不得强制其委托招标代理机构办理招标事宜。
3. 依法必须进行招标的项目，招标人自行办理招标事宜的，应当向有关行政监督部门备案。

## 重点法条

第十六条 招标人采用公开招标方式的，应当发布招标公告。依法必须进行招标的项目的招标公告，应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布。

招标公告应当载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获取招标文件的办法等事项。

## 法条精解

本条是对公开招标的规定。需要注意的是：

1. 公开招标应当发布招标公告。依法必须进行招标的项目的招标公告，应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布。
2. 招标公告内容应当包括招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获取招标文件的办法等事项。

## 重点法条

第十七条 招标人采用邀请招标方式的，应当向三个以上具备承担招标项目的能力、资信良好的特定的法人或者其他组织发出投标邀请书。

投标邀请书应当载明本法第十六条第二款规定的事项。

## 法条精解

本条是对邀请招标的规定。需要注意的是：

1. 邀请招标应当向3个以上具备承担招标项目的能力、资信良好的特定的法人或者其他组织发出投标邀请书。
2. 投标邀请书应当载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获取招标文件的办法等事项。





## 重点法条

第三十一条 两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标。

联合体各方均应当具备承担招标项目的相应能力；国家有关规定或者招标文件对投标人资格条件有规定的，联合体各方均应当具备规定的相应资格条件。由同一专业的单位组成的联合体，按照资质等级较低的单位确定资质等级。

联合体各方应当签订共同投标协议，明确约定各方拟承担的工作和责任，并将共同投标协议连同投标文件一并提交招标人。联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。

招标人不得强制投标人组成联合体共同投标，不得限制投标人之间的竞争。

## 法条精解

本条是对共同投标的规定。共同投标是指两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份进行投标。需要注意的是：

1. 参加联合体的各方均应当具备承担招标项目的相应能力；国家有关规定或者招标文件规定资格条件的，各方应当具备相应的资格条件；由同一专业的单位组成的联合体，按照资质等级较低的单位确定资质等级。
2. 联合体各方应当签订共同投标协议，明确约定各方拟承担的工作和责任，并将共同投标协议连同投标文件一并提交招标人。
3. 联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。
4. 联合体的组成必须是自愿的，招标人不得强制投标人组成联合体共同投标，不得限制投标人之间的竞争。

## 重点法条

第三十七条 评标由招标人依法组建的评标委员会负责。

依法必须进行招标的项目，其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成，成员人数为五人以上单数，其中技术、经济等方面的专家不得少于成员总数的三分之二。

前款专家应当从事相关领域工作满八年并具有高级职称或者具有同等专业水平，由招标人从国务院有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府有关部门提供的专家名册或者招标代理机构的专家库内的相关专业的专家名单中确定；一般招标项目可以采取随机抽取方式，特殊招标项目可以由招标人直接确定。

与投标人有利害关系的人不得进入相关项目的评标委员会，已经进入的应当更换。

评标委员会成员的名单在中标结果确定前应当保密。

## 法条精解

本条是对评标的规定。需要注意的是：

1. 评标由评标委员会负责。
2. 评标委员会由招标人依法组建。依法必须进行招标的项目，其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成，成员人数为5人以上单数，其中技术、经济等方面的专家不得少于成员总数的2/3。
3. 与投标人有利害关系的人不得进入相关项目的评标委员会，已经进入的应当更换。
4. 评标委员会成员的名单在中标结果确定前应当保密。

## 重点法条

第四十一条 中标人的投标应当符合下列条件之一：

- (一) 能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准；
- (二) 能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外。



## 法条精解

本条是对中标人条件的规定：

1. 形式要求：能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准。
2. 实质要求：能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外。

## 重点法条

第四十二条 评标委员会经评审，认为所有投标都不符合招标文件要求的，可以否决所有投标。依法必须进行招标的项目的所有投标被否决的，招标人应当依照本法重新招标。

## 法条精解

本条是对无人中标的情形的规定。无人中标是指所有投标均被评标委员会否决，没有产生中标者。依法必须进行招标的项目的所有投标被否决的，招标人应当依照本法重新招标。

## 重点法条

第四十五条 中标人确定后，招标人应当向中标人发出中标通知书，并同时将中标结果通知所有未中标的投标人。

中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后，招标人改变中标结果的，或者中标人放弃中标项目的，应当依法承担法律责任。

## 法条精解

本条是对中标通知的规定，中标人确定后：

1. 招标人应当向中标人发出中标通知书。
2. 将中标结果通知所有未中标的投标人。
3. 中标通知书的效力：中标通知书发出后，招标人改变中标结果的，或者中标人放弃中标项目的，应当依法承担法律责任。

## 真题示例

（2007-1-25）甲小区业主大会通过媒体发布招标公告选聘物业服务公司，乙公司寄送了投标书。经评标，乙公司中标，甲向其发出中标通知书。下列哪一选项是正确的？

- A. 甲发布招标公告的行为属于要约
- B. 乙寄出投标书的行为属于承诺
- C. 甲向乙发出中标通知书时合同即成立
- D. 甲向乙发出中标通知书的行为属于承诺

答案：D。

解析：招标公告属于要约邀请，投标书属于要约，中标通知书是招标人对其选中的投标人的承诺，是招标人同意某投标人的要约的意思表示。由此，A、B的说法是错误的，不能选；D的说法是正确的，可以选，为本题应选项。另外，中标通知书发出后，承诺虽然发生法律效力，但是在书面合同订立之前，合同尚未成立，所以C的说法也是错误的。

# 《拍卖法》

## 重点法条

第三条 拍卖是指以公开竞价的形式，将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式。

## 法条精解

本条是对拍卖的定义。拍卖实质上是一种买卖方式。注意拍卖行为不是要约，而是属于要约邀请，在拍卖过程中竞买人提高价格的行为才属于要约。



## 真题示例

(2005-1-68) 下列关于拍卖和招标的区别的说法, 哪些是错误的?

- A. 在应用于货物买卖的场合, 拍卖用于出售货物, 招标用于采购货物
- B. 在合同法上, 拍卖行为属于要约, 招标行为属于要约邀请
- C. 拍卖人和招标人的性质都是交易中介人
- D. 在拍卖过程中, 竞买人在落槌之前能够随时了解其他竞买人的报价; 在招标过程中, 投标人在开标之前不得了解其他投标人的报价

答案: BC。

解析: 在货物买卖的场合, 招标用于采购货物, A 选项的说法是正确的, 不应选。拍卖行为属于要约邀请, 在拍卖过程中竞买人提高价格的行为才属于要约, 因此 B 选项是错误的, 应选。C 选项中投标人为合同一方当事人, 而不是交易中介人, 因此也是错误的, 应选。D 选项中, 拍卖是公开竞价, 因此竞买人能够随时了解其他竞买人的报价。而投标人在开标之前是不得了解其他竞标人的报价, 因此 D 选项是说法正确的, 不应选。

## 重点法条

第九条 国家行政机关依法没收的物品, 充抵税款、罚款的物品和其他物品, 按照国务院规定应当委托拍卖的, 由财产所在地的省、自治区、直辖市的人民政府和设区的市的人民政府指定的拍卖人进行拍卖。拍卖由人民法院依法没收的物品, 充抵罚金、罚款的物品以及无法返还的追回物品, 适用前款规定。

## 法条精解

本条是对按照国务院规定应当委托拍卖的物品进行拍卖的规定。需要注意的是:

1. 适用本条规定的标的范围: 国家行政机关依法没收的物品, 充抵税款、罚款的物品和其他物品, 按照国务院规定应当委托拍卖的和人民法院依法没收的物品, 充抵罚金、罚款的物品以及无法返还的追回物品。
2. 拍卖人: 由财产所在地的省、自治区、直辖市的人民政府和设区的市的人民政府指定的拍卖人进行拍卖。

## 重点法条

第二十八条 委托人有权确定拍卖标的的保留价并要求拍卖人保密。

拍卖国有资产, 依照法律或者按照国务院规定需要评估的, 应当经依法设立的评估机构评估, 并根据评估结果确定拍卖标的的保留价。

## 法条精解

本条是对拍卖保留价的规定。对于保留价的确定:

1. 委托人确定。
2. 拍卖依照法律或者按照国务院规定需要评估的国有资产时保留价应当根据依法设立的评估机构作出的评估结果确定。

## 重点法条

第二十九条 委托人在拍卖开始前可以撤回拍卖标的。委托人撤回拍卖标的的, 应当向拍卖人支付约定的费用; 未作约定的, 应当向拍卖人支付为拍卖支出的合理费用。

## 法条精解

本条是对委托人撤标的规定。

1. 撤标时间: 拍卖开始前。
2. 撤标责任: 向拍卖人支付约定的费用; 未作约定的, 应当向拍卖人支付为拍卖支出的合理费用。



## 重点法条

第三十九条 买受人应当按照约定支付拍卖标的的价款，未按照约定支付价款的，应当承担违约责任，或者由拍卖人征得委托人的同意，将拍卖标的再行拍卖。拍卖标的再行拍卖的，原买受人应当支付第一次拍卖中本人及委托人应当支付的佣金。再行拍卖的价款低于原拍卖价款的，原买受人应当补足差额。

## 法条精解

本条是对买受人违约的规定。买受人违约应当承担的责任为：

1. 承担违约责任。
2. 在由拍卖人征得委托人的同意将拍卖标的再行拍卖的情形下，原买受人应当支付第一次拍卖中本人及委托人应当支付的佣金和再行拍卖的价款低于原拍卖价款的差额。

注意这两种责任不是并行的，买受人只需承担其中一种责任即可。

## 真题示例

(2007-1-72) 某拍卖公司举行一场艺术品拍卖会。下列哪些选项符合《拍卖法》的规定？

- A. 拍卖公司在现场拍卖前宣布对拍品的真伪不予保证
- B. 甲的一幅画确定底价为 1 万元，因最高竞价为 8000 元，拍卖师决定以 8000 元竞价成交
- C. 竞买人乙委托丙参加现场竞买，拍卖师以竞买不得委托为由拒绝丙参加竞买
- D. 竞买人丁在竞买成交后反悔并拒签成交确认书，拍卖公司不返还丁已缴纳的 2 万元保证金

答案：AD。

解析：根据《拍卖法》第 18 条的规定，选项 A 的表述是拍卖人在拍卖前告知拍卖标的瑕疵，符合《拍卖法》规定的，是本题的正确答案。根据《拍卖法》第 50 条的规定，竞买人的最高应价未达到保留价时，该应价不发生效力，拍卖师应当停止拍卖标的的拍卖，选项 B 是错误的。根据《拍卖法》第 34 条的规定，竞买人可以自行参加竞买，也可以委托其代理人参加竞买，选项 C 是错误的。根据《拍卖法》第 39 条的规定，选项 D 是正确的。

## 重点法条

第五十六条 委托人、买受人可以与拍卖人约定佣金的比例。

委托人、买受人与拍卖人对佣金比例未作约定，拍卖成交的，拍卖人可以向委托人、买受人各收取不超过拍卖成交价百分之五的佣金。收取佣金的比例按照同拍卖成交价成反比的原则确定。

拍卖未成交的，拍卖人可以向委托人收取约定的费用；未作约定的，可以向委托人收取为拍卖支出的合理费用。

## 法条精解

本条是对拍卖佣金的规定。拍卖佣金的确定方法为：

1. 由委托人、买受人与拍卖人约定。
2. 委托人、买受人与拍卖人对佣金比例未作约定，拍卖成交的，拍卖人可以向委托人、买受人各收取不超过拍卖成交价 5% 的佣金。收取佣金的比例按照同拍卖成交价成反比的原则确定。
3. 拍卖未成交的，拍卖人可以向委托人收取约定的费用；未作约定的，可以向委托人收取为拍卖支出的合理费用。

# 《审计法》

## 重点法条

第二条 国家实行审计监督制度。国务院和县级以上地方人民政府设立审计机关。

国务院各部门和地方各级人民政府及其各部门的财政收支，国有的金融机构和企业事业组织的财务收



支,以及其他依照本法规定应当接受审计的财政收支、财务收支,依照本法规定接受审计监督。

审计机关对前款所列财政收支或者财务收支的真实、合法和效益,依法进行审计监督。

### 法条精解

本条是对审计监督制度的规定。

1. 主体:国务院和县级以上地方人民政府审计机关。
2. 审计对象:国务院各部门和地方各级人民政府及其各部门、国有的金融机构和企业事业组织以及其他依照《审计法》规定应当接受审计的单位。
3. 审计内容:被审计单位的财政收支或者财务收支的真实、合法和效益。

### 真题示例

(2009-1-69) 下列哪些属于审计机关的审计监督范围?

- A. 国家的事业组织和使用财政资金的其他事业组织的财务支出
- B. 国有金融机构和国有企业的资产、负债、损益
- C. 政府投资的建设项目的财务收支
- D. 国际组织贷款项目的财务收支

答案: ABD。

解析: 本题考核审计机关的审计监督范围。根据《审计法》第2条规定,选项A、B正确。审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算,进行审计监督。据此可知,对于政府投资的建设项目审计机关仅对其预算执行情况和决算进行审计监督,而非对整体的财务收支进行审计监督。“收支”包括收入与支持,而《审计法》第22条规定的“预算的执行和决算”仅指支出的情况,不包括收入情况。因此选项C错误。审计机关对国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支,进行审计监督。因此选项D正确。

### 重点法条

第二十八条 审计机关根据被审计单位的财政、财务隶属关系或者国有资产监督管理关系,确定审计管辖范围。

审计机关之间对审计管辖范围有争议的,由其共同的上级审计机关确定。

上级审计机关可以将其审计管辖范围内的本法第十八条第二款至第二十五条规定的审计事项,授权下级审计机关进行审计;上级审计机关对下级审计机关审计管辖范围内的重大审计事项,可以直接进行审计,但是应当防止不必要的重复审计。

### 法条精解

本条是对审计管辖范围的规定。

1. 审计管辖范围的确定:由审计机关根据被审计单位的财政、财务隶属关系或者国有资产监督管理关系确定。
2. 审计机关之间对审计管辖范围有争议的,由其共同的上级审计机关确定。
3. 上级审计机关可以将对国有金融机构的资产、负债、损益的审计授权下级审计机关进行。
4. 上级审计机关对下级审计机关审计管辖范围内的重大审计事项,可以直接进行审计,但是应当防止不必要的重复审计。

### 重点法条

第三十三条 审计机关进行审计时,有权就审计事项的有关问题向有关单位和个人进行调查,并取得有关证明材料。有关单位和个人应当支持、协助审计机关工作,如实向审计机关反映情况,提供有关证明材料。

审计机关经县级以上人民政府审计机关负责人批准,有权查询被审计单位在金融机构的账户。

审计机关有证据证明被审计单位以个人名义存储公款的,经县级以上人民政府审计机关主要负责人批准,有权查询被审计单位以个人名义在金融机构的存款。





本条是对审计机关进行审计时的权利的规定。具体包括：

1. 有权就审计事项的有关问题向有关单位和个人进行调查，并取得有关证明材料。
2. 有权查询被审计单位在金融机构的账户，但是必须经县级以上人民政府审计机关负责人批准。
3. 在有证据证明被审计单位以个人名义存储公款的情况下，经县级以上人民政府审计机关主要负责人批准，有权查询被审计单位以个人名义在金融机构的存款。

### 重点法条

第四十一条 审计机关按照审计署规定的程序对审计组的审计报告进行审议，并对被审计对象对审计组的审计报告提出的意见一并研究后，提出审计机关的审计报告；对违反国家规定的财政收支、财务收支行为，依法应当给予处理、处罚的，在法定职权范围内作出审计决定或者向有关主管机关提出处理、处罚的意见。

审计机关应当将审计机关的审计报告和审计决定送达被审计单位和有关主管机关、单位。审计决定自送达之日起生效。

### 法条精解

本条是对审计报告和审计决定的规定。

1. 审计机关的审计报告应当在按照审计署规定的程序对审计组的审计报告进行审议，并对被审计对象对审计组的审计报告提出的意见一并研究后提出。
2. 审计决定是审计机关对依法应当给予处理、处罚的违反国家规定的财政收支、财务收支行为在法定职权范围内作出的决定；审计机关也可以向有关主管机关提出处理、处罚的意见。
3. 审计机关应当将审计机关的审计报告和审计决定送达被审计单位和有关主管机关、单位。审计决定自送达之日起生效。

### 重点法条

第四十五条 对本级各部门（含直属单位）和下级政府违反预算的行为或者其他违反国家规定的财政收支行为，审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内，依照法律、行政法规的规定，区别情况采取下列处理措施：

- （一）责令限期缴纳应当上缴的款项；
- （二）责令限期退还被侵占的国有资产；
- （三）责令限期退还违法所得；
- （四）责令按照国家统一的会计制度的有关规定进行处理；
- （五）其他处理措施。

### 法条精解

本条规定是对审计发现的违法行为采取的处理措施。

1. 本条规定的违法行为包括本级各部门（含直属单位）和下级政府违反预算的行为或者其他违反国家规定的财政收支行为。
2. 可以采取措施的机关为审计机关、人民政府或者有关主管部门。
3. 采取的措施包括：
  - （1）责令限期缴纳应当上缴的款项；
  - （2）责令限期退还被侵占的国有资产；
  - （3）责令限期退还违法所得；
  - （4）责令按照国家统一的会计制度的有关规定进行处理；
  - （5）其他处理措施。



# 《会计法》

## 重点法条

第五条 会计机构、会计人员依照本法规定进行会计核算，实行会计监督。

任何单位或者个人不得以任何方式授意、指使、强令会计机构、会计人员伪造、变造会计凭证、会计账簿和其他会计资料，提供虚假财务会计报告。

任何单位或者个人不得对依法履行职责、抵制违反本法规定行为的会计人员实行打击报复。

## 法条精解

本条是对会计独立性的规定和保障。包括：

1. 任何单位或者个人不得以任何方式授意、指使、强令会计机构、会计人员伪造、变造会计凭证、会计账簿和其他会计资料，提供虚假财务会计报告。

2. 任何单位或者个人不得对依法履行职责、抵制违反本法规定行为的会计人员实行打击报复。

## 重点法条

第二十六条 公司、企业进行会计核算不得有下列行为：

(一) 随意改变资产、负债、所有者权益的确认标准或者计量方法，虚列、多列、不列或者少列资产、负债、所有者权益；

(二) 虚列或者隐瞒收入，推迟或者提前确认收入；

(三) 随意改变费用、成本的确认标准或者计量方法，虚列、多列、不列或者少列费用、成本；

(四) 随意调整利润的计算、分配方法，编造虚假利润或者隐瞒利润；

(五) 违反国家统一的会计制度规定的其他行为。

## 法条精解

本条是对会计核算禁止行为的规定。会计核算禁止行为包括：

1. 随意改变资产、负债、所有者权益的确认标准或者计量方法，虚列、多列、不列或者少列资产、负债、所有者权益。

2. 虚列或者隐瞒收入，推迟或者提前确认收入。

3. 随意改变费用、成本的确认标准或者计量方法，虚列、多列、不列或者少列费用、成本。

4. 随意调整利润的计算、分配方法，编造虚假利润或者隐瞒利润。

5. 违反国家统一的会计制度规定的其他行为。

## 重点法条

第二十九条 会计机构、会计人员发现会计账簿记录与实物、款项及有关资料不相符的，按照国家统一的会计制度的规定有权自行处理的，应当及时处理；无权处理的，应当立即向单位负责人报告，请求查明原因，作出处理。

## 法条精解

本条是会计机构和人员发现账实不符时的义务。

1. 有权自行处理的，应当及时处理。

2. 无权处理的，应当立即向单位负责人报告，请求查明原因，作出处理。

## 真题示例

(2004-1-25) 某单位会计甲在审查业务员乙交来的一张购买原材料的发票时，发现该发票在产品规格等栏目中所填内容与实际采购情况有较大差异。甲乙二人到仓库进行核对后，由乙在发票上进行更正并写了书面说明，甲将这张发票和乙的书面说明一起作为原始凭证入账。下列关于此事的说法哪一个错误的。



- A. 甲应将发票连同乙的书面说明交单位负责人审查签字后才能入账
- B. 甲有权拒绝接受这张发票，并向单位负责人报告
- C. 乙无权对原始凭证记载的内容加以更改
- D. 乙应将这张发票拿回出票单位要求重开或更正

答案：A。

解析：本题考点为会计监督。题目虽看似有点偏疏，但不难作答。根据《会计法》第29条的规定，应选A。

### 重点法条

第三十六条 各单位应当根据会计业务的需要，设置会计机构，或者在有关机构中设置会计人员并指定会计主管人员；不具备设置条件的，应当委托经批设立从事会计代理记账业务的中介机构代理记账。

国有的和国有资产占控股地位或者主导地位的大、中型企业必须设置总会计师。总会计师的任职资格、任免程序、职责权限由国务院规定。

### 法条精解

本条是对单位会计机构的规定。

1. 单位应当设置会计机构或者在有关机构中设置会计人员并指定会计主管人员。
2. 不具备设置条件的，应当委托经批设立从事会计代理记账业务的中介机构代理记账。
3. 国有的和国有资产占控股地位或者主导地位的大、中型企业必须设置总会计师。

## 《企业国有资产法》

### 重点法条

第三条 国有资产属于国家所有即全民所有。国务院代表国家行使国有资产所有权。

### 法条精解

本条是对国有资产所有权的规定。

1. 国有资产归全民所有，即国家所有。
2. 代表国家行使国有资产所有权的机关是国务院。

### 重点法条

第四条 国务院和地方人民政府依照法律、行政法规的规定，分别代表国家对国家出资企业履行出资人职责，享有出资人权益。

国务院确定的关系国民经济命脉和国家安全的大型国家出资企业，重要基础设施和重要自然资源等领域的国家出资企业，由国务院代表国家履行出资人职责。其他的国家出资企业，由地方人民政府代表国家履行出资人职责。

### 法条精解

本条规定了国有资产出资人职责的承担的体制。

1. 国务院代表国家履行出资人职责的是国务院确定的关系国民经济命脉和国家安全的大型国家出资企业，重要基础设施和重要自然资源等领域的国家出资企业。
2. 地方人民政府代表国家履行出资人职责的是其他的国家出资企业。

### 重点法条

第十一条 国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构，根据本级人民政府的授权，代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。

国务院和地方人民政府根据需要，可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出



资人职责。

代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门，以下统称履行出资人职责的机构。

### 法条精解

本条是对履行出资人职责的机构的规定。

1. 国务院国有资产监督管理机构和地方国有资产监督管理机构根据本级人民政府的授权代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。

2. 国务院和地方人民政府根据需要，可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。

### 重点法条

第十二条 履行出资人职责的机构代表本级人民政府对国家出资企业依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利。

履行出资人职责的机构依照法律、行政法规的规定，制定或者参与制定国家出资企业的章程。

履行出资人职责的机构对法律、行政法规和本级人民政府规定须经本级人民政府批准的履行出资人职责的重大事项，应当报请本级人民政府批准。

### 法条精解

本条规定了履行出资人职责的机构的权利和义务。

1. 享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利。

2. 有权依照法律、行政法规的规定制定或者参与制定国家出资企业的章程。

3. 对法律、行政法规和本级人民政府规定须经本级人民政府批准的履行出资人职责的重大事项，应当报请本级人民政府批准。

### 重点法条

第十三条 履行出资人职责的机构委派的股东代表参加国有资本控股公司、国有资本参股公司召开的股东会会议、股东大会会议，应当按照委派机构的指示提出提案、发表意见、行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及时报告委派机构。

### 法条精解

注意履行出资人职责的机构委派的股东在股东会会议、股东大会会议上提出提案、发表意见、行使表决权应当按照委派机构的指示进行，并将其履行职责的情况和结果及时报告委派机构。

### 重点法条

第十六条 国家出资企业对其动产、不动产和其他财产依照法律、行政法规以及公司章程享有占有、使用、收益和处分的权利。

国家出资企业依法享有的经营自主权和其他合法权益受法律保护。

### 法条精解

本条是对国家出资企业权利的规定。国家出资企业权利具体包括：

1. 对其动产、不动产和其他财产依照法律、行政法规以及公司章程享有占有、使用、收益和处分的权利。

2. 经营自主权。

3. 其他合法权利。

### 重点法条

第十九条 国有独资公司、国有资本控股公司和国有资本参股公司依照《中华人民共和国公司法》的规定设立监事会。国有独资企业由履行出资人职责的机构按照国务院的规定委派监事组成监事会。



国家出资企业的监事会依照法律、行政法规以及企业章程的规定，对董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督，对企业财务进行监督检查。

### 法条精解

本条是对国家出资企业的监事会的规定。

1. 国有独资公司、国有资本控股公司和国有资本参股公司依《公司法》规定设立监事会。
2. 国有独资企业由履行出资人职责的机构按照国务院的规定委派监事组成监事会。
3. 国家出资企业的监事会对董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督，对企业财务进行监督检查。

### 重点法条

第二十一条 国家出资企业对其所出资企业依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利。

国家出资企业对其所出资企业，应当依照法律、行政法规的规定，通过制定或者参与制定所出资企业的章程，建立权责明确、有效制衡的企业内部监督管理和风险控制制度，维护其出资人权益。

### 法条精解

本条是对国家出资企业出资人权益的规定。

1. 享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利。
2. 对出资人权益的维护：通过制定或者参与制定所出资企业的章程，建立权责明确、有效制衡的企业内部监督管理和风险控制制度。

### 重点法条

第二十二条 履行出资人职责的机构依照法律、行政法规以及企业章程的规定，任免或者建议任免国家出资企业的下列人员：

- (一) 任免国有独资企业的经理、副经理、财务负责人和其他高级管理人员；
- (二) 任免国有独资公司的董事长、副董事长、董事、监事会主席和监事；
- (三) 向国有资本控股公司、国有资本参股公司的股东会、股东大会提出董事、监事人选。

国家出资企业中应当由职工代表出任的董事、监事，依照有关法律、行政法规的规定由职工民主选举产生。

### 法条精解

本条是对由履行出资人职责的机构任免或者建议任免人员的规定。由履行出资人职责的机构任免或者建议任免的人员包括：

1. 任免国有独资企业的经理、副经理、财务负责人和其他高级管理人员。
2. 任免国有独资公司的董事长、副董事长、董事、监事会主席和监事。
3. 向国有资本控股公司、国有资本参股公司的股东会、股东大会提出董事、监事人选。

### 重点法条

第二十五条 未经履行出资人职责的机构同意，国有独资企业、国有独资公司的董事、高级管理人员不得在其他企业兼职。未经股东会、股东大会同意，国有资本控股公司、国有资本参股公司的董事、高级管理人员不得在经营同类业务的其他企业兼职。

未经履行出资人职责的机构同意，国有独资公司的董事长不得兼任经理。未经股东会、股东大会同意，国有资本控股公司的董事长不得兼任经理。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

### 法条精解

本条是对董事、高级管理人员兼职的限制。

1. 国有独资企业、国有独资公司的董事、高级管理人员不得在其他企业兼职，但经履行出资人职责的





机构同意的除外。

2. 国有资本控股公司、国有资本参股公司的董事、高级管理人员不得在经营同类业务的其他企业兼职，但经股东会、股东大会同意的除外。

3. 国有独资公司的董事长不得兼任经理，但经履行出资人职责的机构同意的除外。

4. 国有资本控股公司的董事长不得兼任经理，但经股东会、股东大会同意的除外。

5. 任何情况下董事、高级管理人员不得兼任监事。

### 重点法条

第二十六条 国家出资企业的董事、监事、高级管理人员，应当遵守法律、行政法规以及企业章程，对企业负有忠实义务和勤勉义务，不得利用职权收受贿赂或者取得其他非法收入和不当利益，不得侵占、挪用企业资产，不得超越职权或者违反程序决定企业重大事项，不得有其他侵害国有资产出资人权益的行为。

### 法条精解

本条是对国家出资企业的董事、监事、高级管理人员义务的规定。其义务包括：

1. 遵守法律、行政法规以及企业章程。
2. 忠实义务和勤勉义务。
3. 不得利用职权收受贿赂或者取得其他非法收入和不当利益。
4. 不得侵占、挪用企业资产。
5. 不得超越职权或者违反程序决定企业重大事项。
6. 不得有其他侵害国有资产出资人权益的行为。

### 重点法条

第二十八条 国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司的主要负责人，应当接受依法进行的任期经济责任审计。

### 法条精解

本条规定了任期经济责任审计。应当进行任期经济责任审计的是国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司的主要负责人。

### 重点法条

第三十条 国家出资企业合并、分立、改制、上市，增加或者减少注册资本，发行债券，进行重大投资，为他人提供大额担保，转让重大财产，进行大额捐赠，分配利润，以及解散、申请破产等重大事项，应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定，不得损害出资人和债权人的权益。

### 法条精解

本条是对国家出资企业重大事项的规定。具体包括：

1. 合并、分立、改制、上市。
2. 增加或者减少注册资本。
3. 发行债券。
4. 进行重大投资。
5. 为他人提供大额担保。
6. 转让重大财产。
7. 进行大额捐赠。
8. 分配利润。
9. 解散。
10. 申请破产。

以上重大事项应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定，不得损害出资人和债权人的权益。



## 重点法条

第三十四条 重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的合并、分立、解散、申请破产以及法律、行政法规和本级人民政府规定应当由履行出资人职责的机构报经本级人民政府批准的重大事项，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当报请本级人民政府批准。

本法所称的重要的国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司，按照国务院的规定确定。

## 法条精解

本条需要注意的是对于重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的应当报经本级人民政府批准的重大事项，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当报请本级人民政府批准。

## 重点法条

第四十条 企业改制应当依照法定程序，由履行出资人职责的机构决定或者由公司股东会、股东大会决定。

重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的改制，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当将改制方案报请本级人民政府批准。

## 法条精解

本条是对国家出资企业改制的规定。注意应当将改制方案报请本级人民政府批准的是重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的改制。

## 重点法条

第四十三条 国家出资企业的关联方不得利用与国家出资企业之间的交易，谋取不当利益，损害国家出资企业利益。

本法所称关联方，是指本企业的董事、监事、高级管理人员及其近亲属，以及这些人员所有或者实际控制的企业。

## 法条精解

本条是对国家出资企业的关联交易的规制。关联交易是指国家出资企业与本企业的董事、监事、高级管理人员及其近亲属，以及这些人员所有或者实际控制的企业进行的交易。国家出资企业的关联交易不得为关联方谋取不当利益，损害国家出资企业利益。

## 重点法条

第四十七条 国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司合并、分立、改制，转让重大财产，以非货币财产对外投资，清算或者有法律、行政法规以及企业章程规定应当进行资产评估的其他情形的，应当按照规定对有关资产进行评估。

## 法条精解

本条是对国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司资产评估的规定。应当进行资产评估的情形是：

1. 合并、分立、改制。
2. 转让重大财产。
3. 以非货币财产对外投资。
4. 清算。
5. 法律、行政法规以及企业章程规定应当进行资产评估的其他情形。



## 重点法条

第五十五条 国有资产转让应当以依法评估的、经履行出资人职责的机构认可或者由履行出资人职责的机构报经本级人民政府核准的价格为依据，合理确定最低转让价格。

### 法条精解

本条是对国有资产转让最低转让价格的规定。最低转让价格应当以依法评估的、经履行出资人职责的机构认可或者由履行出资人职责的机构报经本级人民政府核准的价格为依据合理确定。

## 重点法条

第五十九条 国家取得的下列国有资本收入，以及下列收入的支出，应当编制国有资本经营预算：

- （一）从国家出资企业分得的利润；
- （二）国有资产转让收入；
- （三）从国家出资企业取得的清算收入；
- （四）其他国有资本收入。

### 法条精解

本条是对应当编制国有资本经营预算的收支的规定，具体包括：

1. 从国家出资企业分得的利润。
2. 国有资产转让收入。
3. 从国家出资企业取得的清算收入。
4. 其他国有资本收入。



# 第三章 国际法、国际私法和国际经济法

## 导 论

国际法部分考试题目的题型较为稳定，一般为选择题，包括单选、多选和不定项选择。从历年真题来看，国际法部分的题量与分值大约占试卷一的10%左右。2009年司法考试三国法部分试题基本仍保持了稳定的特点，国际公法、国际私法、国际经济法加在一起总共31道题，44分。

重点分值主要分布在两个部分，一是国际法的常规知识点，如国际公法中的国籍、引渡等问题，国际私法中的冲突规范、准据法及适用冲突规范的几种制度，国际经济法中的国际贸易法部分，如国际贸易支付中的《UCP600》、对外贸易管制；世界贸易组织等；另一重要分值集中点是新增法律法规，如《最高人民法院关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》；《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》；《外资非正常撤离中国相关利益方跨国追究与诉讼工作指引》。

因此，我们可以明确国际法部分的复习策略，首先，应当继续强化对重要考点的学习，重者恒重，对该部分的知识要做到娴熟于心，最好的办法就是认真研习历年真题，复习真题可以清晰地找到考试的重点方向和常考考点；其次，关注每年新出台的法律法规，事实一再证明每年的新增法规都会转化为考试中的考点，因此考生对此应务必重视；再次，关注热点，如随着金融危机波及范围的扩大，贸易保护主义抬头，因而，有关应对贸易保护主义的法律制度也成为热点问题，考生对此应予以足够的重视。

## 《领海及毗连区法》

### 重点法条

第二条 中华人民共和国领海为邻接中华人民共和国陆地领土和内水的一带海域。

中华人民共和国的陆地领土包括中华人民共和国大陆及其沿海岛屿、台湾及其包括钓鱼岛在内的附属各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其他一切属于中华人民共和国的岛屿。

中华人民共和国领海基线向陆地一侧的水域为中华人民共和国的内水。

第三条 中华人民共和国领海的宽度从领海基线量起为十二海里。

中华人民共和国领海基线采用直线基线法划定，由各相邻基点之间的直线连线组成。

中华人民共和国领海的外部界限为一条其每一点与领海基线的最近点距离等于十二海里的线。

第四条 中华人民共和国毗连区为领海以外邻接领海的一带海域。毗连区的宽度为十二海里。

中华人民共和国毗连区的外部界限为一条其每一点与领海基线的最近点距离等于二十四海里的线。

第五条 中华人民共和国对领海的主权及于领海上空、领海的海床及底土。

### 法条精解

1. 注意领海、内水的概念（本法第2条第1款、第3款）。
2. 准确把握领海的宽度及计算（本法第3条）。
3. 准确把握毗连区的宽度及计算（本法第4条）。
4. 注意领海主权范围（本法第5条）。包括三方面：
  - （1）领海上空；
  - （2）领海海底；
  - （3）领海底土。

### 真题示例

（2007-1-34）奥尔菲油田跨越甲乙两国边界，分别位于甲乙两国的底土中。甲乙两国均为联合国成员国，且它们之间没有相关的协议。根据有关的国际法规则和国际实践，对油田归属与开发，下列哪一选

项是正确的？

- A. 该油田属于甲乙两国的共有物，其中任何一国无权单独进行勘探和开采
- B. 该油田位于甲乙两国各自底土中的部分分属甲国、乙国各自所有
- C. 该油田的开发应在联合国托管理事会监督下进行
- D. 无论哪一方对该油田进行开发，都必须与另一方分享所获的油气收益

答案：B。

**解析：**本题考查国家领土的范围。底土是领陆和领水下面的部分，理论上一直延伸到地心。国家对于底土及其中的资源拥有完全主权……奥尔菲油田跨越甲乙两国边界，分别位于甲乙两国的底土中。甲乙两国对位于自己底土中的部分享有主权。因此，本题正确答案是 B。

## 重点法条

第六条 外国非军用船舶，享有依法无害通过中华人民共和国领海的权利。

第七条 外国潜水艇和其他潜水器通过中华人民共和国领海，必须在海面航行，并展示其旗帜。

第八条 外国船舶通过中华人民共和国领海，必须遵守中华人民共和国法律、法规，不得损害中华人民共和国的和平、安全和良好秩序。

中华人民共和国政府有权采取一切必要措施，以防止和制止对领海的非无害通过。

外国船舶违反中华人民共和国法律、法规的，由中华人民共和国有关机关依法处理。

第十条 外国军用船舶或者用于非商业目的的外国政府船舶在通过中华人民共和国领海时，违反中华人民共和国法律、法规的，中华人民共和国有关主管机关有权令其立即离开领海，对所造成的损失或者损害，船旗国应当负国际责任。

第十一条 任何国际组织、外国的组织或者个人，在中华人民共和国领海内进行科学研究、海洋作业等活动，须经中华人民共和国政府或者其有关主管部门批准，遵守中华人民共和国法律、法规。

违反前款规定，非法进入中华人民共和国领海进行科学研究、海洋作业等活动的，由中华人民共和国有关机关依法处理。

第十二条 外国航空器只有根据该国政府与中华人民共和国政府签订的协定、协议，或者经中华人民共和国政府或者其授权的机关批准或者接受，方可进入中华人民共和国领海上空。

第十条 外国军用船舶或者用于非商业目的的外国政府船舶在通过中华人民共和国领海时，违反中华人民共和国法律、法规的，中华人民共和国有关主管机关有权令其立即离开领海，对所造成的损失或者损害，船旗国应当负国际责任。

第十一条 任何国际组织、外国的组织或者个人，在中华人民共和国领海内进行科学研究、海洋作业等活动，须经中华人民共和国政府或者其有关主管部门批准，遵守中华人民共和国法律、法规。

违反前款规定，非法进入中华人民共和国领海进行科学研究、海洋作业等活动的，由中华人民共和国有关机关依法处理。

第十二条 外国航空器只有根据该国政府与中华人民共和国政府签订的协定、协议，或者经中华人民共和国政府或者其授权的机关批准或者接受，方可进入中华人民共和国领海上空。

## 法条精解

1. 非军用船舶享有无害通过权，外国军用船舶则不享有此权（本法第6条）。

2. 外国潜水艇通过中国领海，必须在海面航行。

3. 本法第8条第3款规定，对非无害通过的防止与制止权。

4. 注意本法第10条适用的对象是外国军用船舶或用于非商业目的的外国政府船舶，而对损害负国际责任的主体是船旗国。

5. 进入我领海科研、作业及进入领海上空的，应经我有权机关批准（本法第11~12条）。

## 真题示例

（四川2008-1-34）甲、乙两国是邻国，关系一直紧张。甲国曾多次出动空军，非法轰炸乙国境内的军事目标。“翔飞号”是承担甲、丙两国间航班飞行的民航机，在甲国注册。一日，因天气原因，“翔飞号”在飞往丙国途中偏离航线，误入乙国境内。甲、乙、丙三国都是国际民航组织的成员国，甲、乙之间







尚没有双边的航空或航线协定。对此，下列哪一选项是正确的？

- A. “翔飞号”是民航机，在顾及安全的情况下，可以自行飞入乙国领空
- B. 乙国有权要求“翔飞号”立即离开乙国领空
- C. 乙国无权要求位于其境内的“翔飞号”在其指定安全地点降落
- D. 在“翔飞号”载客不明的情况下，乙国有权对其使用武器，将其击落

答案：B。

**解析：**国家对其领空享有完全的和排他的主权。外国航空器进入国家领空须经该国许可并遵守领空的有关法律。对于非法入境的外国民用航空器，国家可以行使主权，采取符合国际法有关规则的任何适当手段，包括要求其终止此类侵犯立即离境或要求其在指定地点降落等，但不得危及航空器内人员的生命和航空器的安全，避免使用武器。因此，本题的正确答案是 B。

## 重点法条

**第十三条** 中华人民共和国有权在毗连区内，为防止和惩处在其陆地领土、内水或者领海内违反有关安全、海关、财政、卫生或者入境出境管理的法律、法规的行为行使管制权。

**第十四条** 中华人民共和国有关主管机关有充分理由认为外国船舶违反中华人民共和国法律、法规时，可以对该外国船舶行使紧追权。

追逐须在外国船舶或者其小艇之一或者以被追逐的船舶为母船进行活动的其他船艇在中华人民共和国的内水、领海或者毗连区内时开始。

如果外国船舶是在中华人民共和国毗连区内，追逐只有在本法第十三条所列有关法律、法规规定的权利受到侵犯时方可进行。

追逐只要没有中断，可以在中华人民共和国领海或者毗连区外继续进行。在被追逐的船舶进入其本国领海或者第三国领海时，追逐终止。

本条规定的紧追权由中华人民共和国军用船舶、军用航空器或者中华人民共和国政府授权的执行政府公务的船舶、航空器行使。

## 法条精解

1. 务必掌握紧追权制度的具体内容（本法第 14 条）：

（1）行使紧追权的主体有三个，一般的商船不能行使紧追权。（本法第 14 条第 5 款）；

（2）追逐的范围主要包括毗连区及毗连区外，但进入外国领海时应终止（本法第 14 条第 4 款）；

（3）追逐的前提是被追逐船舶在我国境内违反有关安全、海关、财政、卫生或者入境出境管理的法律、法规（本法第 14 条第 3 款）；

（4）追逐的起点应在我国内水、领海或毗连区，由毗连区开始的紧追限于外国船舶对该毗连区有关管制法律的违反（本法第 14 条第 2 款）。

（5）紧追的规则是先警告，后紧追；紧追必须连续不断进行；紧追进入公海可以继续进行，但被追者一旦进入其本国或第三国领海时，紧追应立即终止。

2. 我国对毗连区有管制权（本法第 13 条）。

## 真题示例

（2009-1-30）乙国军舰 A 发现甲国渔船在乙国领海走私，立即发出信号开始紧追，渔船随即逃跑。当 A 舰因机械故障被迫返航时，令乙国另一艘军舰 B 在渔船逃跑必经的某公海海域埋伏。A 舰返航半小时后，渔船出现在 B 舰埋伏的海域。依《联合国海洋法公约》及相关国际法规则，下列哪一选项是正确的？

- A. B 舰不能继续 A 舰的紧追
- B. A 舰应从毗连区开始紧追，而不应从领海开始紧追
- C. 为了紧追成功，B 舰不必发出信号即可对渔船实施紧追
- D. 只要 B 舰发出信号，即可在公海继续对渔船紧追

答案：A。

**解析：**本题考核紧追权。选项 A 正确，选项 CD 错误。紧追可以追入公海中继续进行，直至追上并依法采取措施，但必须是连续不断的。另外，紧追应在被紧追船舶的视听范围内发出信号后，才可开始。

# 《专属经济区和大陆架法》

## 重点法条

第二条 中华人民共和国的专属经济区，为中华人民共和国领海以外并邻接领海的区域，从测算领海宽度的基线量起延至二百海里。

中华人民共和国的大陆架，为中华人民共和国领海以外依本国陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土；如果从测算领海宽度的基线量起至大陆边外缘的距离不足二百海里，则扩展至二百海里。

中华人民共和国与海岸相邻或者相向国家关于专属经济区和大陆架的主张重叠的，在国际法的基础上按照公平原则以协议划定界限。

第三条 中华人民共和国在专属经济区为勘查、开发、养护和管理海床上覆水域、海床及其底土的自然资源，以及进行其他经济性开发和勘查，如利用海水、海流和风力生产能等活动，行使主权利。

中华人民共和国对专属经济区的人工岛屿、设施和结构的建造、使用和海洋科学研究、海洋环境的保护和保全，行使管辖权。

本法所称专属经济区的自然资源，包括生物资源和非生物资源。

第四条 中华人民共和国为勘查大陆架和开发大陆架的自然资源，对大陆架行使主权利。

中华人民共和国对大陆架的人工岛屿、设施和结构的建造、使用和海洋科学研究、海洋环境的保护和保全，行使管辖权。

中华人民共和国拥有授权和管理为一切目的在大陆架上进行钻探的专属权利。

本法所称大陆架的自然资源，包括海床和底土的矿物和其他非生物资源，以及属于定居种的生物，即在可捕捞阶段在海床上或者海床下不能移动或者其躯体须与海床或者底土保持接触才能移动的生物。

## 法条精解

了解我国对专属经济区和大陆架的主权的具体内容：

1. 对专属经济区的勘查、开发自然资源等活动行使主权。
2. 对专属经济区的设施、构造等行使管辖权。
3. 对勘查大陆架自然资源行使主权。
4. 对大陆架的设施、构造行使管辖权。
5. 对授权、管理大陆架上的钻探活动拥有专属权。

了解本法第2条第1~2款专属经济区和大陆架的宽度及计算。

## 真题示例

（四川2008-1-33）甲国是一个地理上宽大陆架的沿海国，也是发达国家，其地理大陆架从领海基线到大陆边外缘的距离为380海里。根据《联合国海洋法公约》和有关的国际法规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲国大陆架的范围可以延伸到380海里处
- B. 甲国的大陆架只能限定在200海里以内
- C. 甲国的专属经济区不必限定在200海里以内
- D. 甲国如果在200海里外的大陆架底土开采石油，应通过国际海底管理局并向其缴纳合理费用

答案：D。

解析：根据《联合国海洋法公约》的规定，沿海国开发200海里以外大陆架的非生物资源，应通过国际海底管理局并缴纳一定的费用或实物，发展中国家在某些条件下可以免缴。所以本题应选D项。

## 重点法条

第十一条 任何国家在遵守国际法和中华人民共和国的法律、法规的前提下，在中华人民共和国的专属经济区享有航行、飞越的自由，在中华人民共和国的专属经济区和大陆架享有铺设海底电缆和管道的自



由, 以及与上述自由有关的其他合法使用海洋的便利。铺设海底电缆和管道的路线, 必须经中华人民共和国主管机关同意。

第十二条 中华人民共和国在行使勘查、开发、养护和管理专属经济区的生物资源的主权权利时, 为确保中华人民共和国的法律、法规得到遵守, 可以采取登临、检查、逮捕、扣留和进行司法程序等必要的措施。

中华人民共和国对在专属经济区和大陆架违反中华人民共和国法律、法规的行为, 有权采取必要措施、依法追究法律责任, 并可以行使紧追权。

### 法条精解

1. 其他国家在我国专属经济区和大陆架的权利 (本法第 11 条):

- (1) 在我国专属经济区内航行、飞越自由;
- (2) 在专属经济区、大陆架铺设海底电缆、管道自由;
- (3) 与上述自由相关的使用海洋的便利权。

2. 我国对专属经济区和大陆架的管理权和司法权 (本法第 12 条), 包括:

- (1) 登临权;
- (2) 检查权;
- (3) 逮捕权;
- (4) 扣留权;
- (5) 紧追权;
- (6) 进入司法程序权。

应注意本法第 11 条之规定, 外国享有自由铺设海底电缆和管道权利的同时, 对于铺设海底电缆和管道的路线, 必须经我国同意, 二者是一个问题的两个方面, 并不矛盾。

### 真题示例

(2008-1-78) 甲国注册的渔船“踏浪号”应乙国注册的渔船“风行号”之邀, 在乙国专属经济区进行捕鱼作业时, 乙国海上执法船赶来制止, 随后将“踏浪号”带回乙国港口。甲乙两国都是《联合国海洋法公约》的缔约国, 且两国之间没有其他相关的协议。据此, 根据海洋法的有关规则, 下列哪些选项是正确的?

- A. 只要“踏浪号”向乙国有关部门提交适当保证书和担保, 乙国必须迅速释放该船
- B. 只要“踏浪号”向乙国有关部门提交适当保证书和担保, 乙国必须迅速释放该船船员
- C. 如果“踏浪号”未能向乙国有关部门及时提交适当担保, 乙国有权对该船船长和船员处以 3 个月以下的监禁
- D. 乙国有义务将该事项迅速通知甲国

答案: ABD。

解析: 《联合国海洋法公约》第 73 条第 2 项规定, 被逮捕的船只及其船员, 在提出适当的保证书或其他担保后, 应迅速获得释放。所以 A、B 是正确的。该第 73 条第 4 项规定, 在逮捕或扣留外国船只的情形下, 沿海国应通过适当途径将其所采取的行动及随后所施加的任何处罚迅速通知船旗国。所以 D 是正确的。

## 《国籍法》

### 重点法条

第二条 中华人民共和国是统一的多民族的国家, 各民族的人都具有中国国籍。

第三条 中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。

第四条 父母双方或一方为中国公民, 本人出生在中国, 具有中国国籍。

父母双方或一方为中国公民, 本人出生在国外, 具有中国国籍; 但父母双方或一方为中国公民并定居在国外, 本人出生时即具有外国国籍的, 不具有中国国籍。

父母无国籍或国籍不明, 定居在中国, 本人出生在中国, 具有中国国籍。



## 【关联法条】

### 《宪法》

第三十三条 凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。

中华人民共和国公民在法律面前一律平等。

任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。

### 法条精解

1. 凡中国公民，都具有中国国籍；反之亦然。

2. 我国不承认双重、多重国籍。

3. 因出生而取得一国国籍的，有采血统主义，有采出生地主义，有采混合主义。从以上几个条文可看出，我国法采用混合主义。

4. 必须掌握具有和不具有中国国籍的具体情形。

### 真题示例

（2007-1-31）中国人姜某（女）与甲国人惠特尼婚后在甲国定居，后姜某在甲国生下一女。根据我国国籍法，下列哪一选项是正确的？

A. 如姜某之女出生时未获其他国家国籍，可以获得中国国籍

B. 姜某之女一出生就无条件获得中国国籍

C. 如姜某之女出生时已获得甲国国籍，她也可以同时获得中国国籍

D. 姜某之女出生地在甲国，因而不能获得中国国籍

答案：A。

解析：根据《国籍法》规定，A项正确。

### 重点法条

第七条 外国人或无国籍人，愿意遵守中国宪法和法律，并具有下列条件之一的，可以经申请批准加入中国国籍：

一、中国人的近亲属；

二、定居在中国的；

三、有其他正当理由。

第八条 申请加入中国国籍获得批准的，即取得中国国籍；被批准加入中国国籍的，不得再保留外国国籍。

第九条 定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。

第十条 中国公民具有下列条件之一的，可以经申请批准退出中国国籍：

一、外国人的近亲属；

二、定居在外国的；

三、有其他正当理由。

第十一条 申请退出中国国籍获得批准的，即丧失中国国籍。

第十二条 国家工作人员和现役军人，不得退出中国国籍。

### 法条精解

1. 注意自愿申请入籍的3个条件（本法第7条），只要具备其中一个即可。

2. 本法第8~9条规定正是体现了我国不承认双重国籍的立场：

（1）取得我国国籍的，应放弃外国国籍；

（2）取得外国国籍的，自动丧失中国国籍。

3. 我国国籍之取得采批准制，不采自动取得制。

4. 注意自愿丧失国籍的3个条件（本法第10条）。

5. 注意本法第12条规定的两类人不得退出中国国籍。



(2006-1-32) 戴某为某省政府的处级干部。两年前,戴父在甲国定居,并获甲国国籍。2006年7月,戴父去世。根据有效遗嘱,戴某赴甲国继承了戴父在甲国的一座楼房。根据甲国法律,取得该不动产后,戴某可以获得甲国的国籍,但必须首先放弃中国国籍。于是戴某当时就在甲国填写了有关表格,声明退出中国国籍。其后,戴某返回国内继续工作。针对以上事实,根据我国《国籍法》的规定,下列哪项判断是正确的?

- A. 戴某现在已自动丧失了中国国籍
- B. 戴某现在只要在中国特定媒体上刊登相关声明,即退出中国国籍
- C. 戴某现在只要向中国有关部门申请退出中国国籍,就应当得到批准
- D. 戴某现在不能退出中国国籍

答案: D。

解析: 我国《国籍法》第12条的规定,答案为D项。

## 《民通意见》

### 重点法条

182. 有双重或多重国籍的外国人,以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为其本国法。

183. 当事人的住所不明或者不能确定的,以其经常居住地为住所;当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

184. 外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法,法人的民事行为能力依其本国法确定。

外国法人在我国领域内进行的民事活动,必须符合我国的法律规定。

185. 当事人有二个以上营业所的,应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准;当事人没有营业所的,以其住所或者经常居住地为住所。

### 法条精解

自然人国籍的积极冲突和消极冲突。

1. 积极冲突,指一人有两个或两个以上国家的国籍。

2. 消极冲突,一个人不具有任何国家国籍的情况,一般以住所地法、居住地法、法院地法作为当事人的本国法。

3. 自然人住所冲突。以其经常居住地为住所,当有几个住所时,以上产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

4. 法人国籍、住所、营业所。外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法。

5. 营业所。有两个以上营业所的,应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准。

### 真题示例

(2006-1-35) 甲公司在德国注册成立,在中国进行商业活动时与中国的乙公司发生商务纠纷并诉诸中国法院。法院经审理查明:中公司的控股股东为英国人,甲公司在德国、英国和中国均有营业所。依照我国有关法律及司法解释,法院应如何选择确定本案甲公司营业所?

- A. 以其德国营业所为准
- B. 以其英国营业所为准
- C. 以其中国营业所为准
- D. 以当事人共同选择的营业所为准

答案: C。

解析: 根据《民通意见》第185条可知,答案应为C项。

### 重点法条

192. 依法应当适用的外国法律,如果该外国不同地区实施不同的法律的,依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定,确定应适用的法律。该国法律未作规定的,直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。





### 【关联法条】

#### 《合同法》

第一百二十六条 在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。

#### 《民法通则》

第一百四十四条 不动产的所有权，适用不动产所在地法律。

### 法条精解

1. 单边冲突规范，直接适用某国法律的冲突规范，既可以是明确规定适用内国法，也可以直接规定只适用外国法，因此称之为单边冲突规范。
2. 双边冲突规范，冲突规范并不直接规定适用国内法还是外国法，只是规定一个可推定公式，结合具体情况确定应适用的实体法。
3. 重叠适用冲突规范，有两个或两个以上公式，同时适用某种民商事法律关系的冲突规范。
4. 选择适用冲突规范，有两个或两个以上公式，但只选其中之一来调整国际民商事法律关系的冲突规范。
5. 准据法，冲突规范援引而用来具体确定国际民商事法律关系当事人权利和义务的实体法律。

### 真题示例

(2003-1-21) “在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”该条款属于下列选项中哪一类型的冲突规范？

- A. 单边冲突规范
- B. 双边冲突规范
- C. 重叠适用的冲突规范
- D. 选择适用的冲突规范

答案：A。

解析：本题中，直接指明“适用中华人民共和国法律”，只有一个连接点，因此属于单边冲突规范。

### 重点法条

193. 对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：①由当事人提供；②由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；③由我国驻该国使领馆提供；④由该国驻我国使馆提供；⑤由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。

### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第一百五十条 依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

### 法条精解

1. 外国法的查明，又称外国法内容查明，是指在审理涉外民事案件时，一国法院根据本国冲突规范的指定应适用某外国法，为了适用该外国法，通过一定方式查明该外国法存在和内容的行为。
2. 公共秩序保留，法院根据本国冲突规范本应适用外国法，但如果适用该外国法会违反法院地的公共秩序，则该国法院可以此理由限制或排除该外国法的适用。公共秩序，又称为公共政策、善良风俗、公共利益，指关系一国国家和社会的基本制度、基本政策的重大利益或法律与道德的基本原则。

### 真题示例

(2006-1-39) 世界各国都将公共秩序保留作为捍卫本国根本利益的一项重要法律制度。关于这一制度，下列哪项判断是错误的？

- A. 我国的公共秩序保留制度仅在适用外国法律将违反我国社会公共利益的情况下才可以适用，其结果为排除相关外国法律的适用
- B. 在英美普通法系国家中，“公共秩序”的概念一般表述为“公共政策”
- C. 公共秩序保留制度已经为国际条约所规定
- D. 我国法律中常常采用“社会公共利益”来表述“公共秩序”的概念

答案：A。





**解析：**公共秩序保留是指外国法律本身或其适用将违反我国社会公共利益时，法院可以排除相关外国法律的适用。故 A 错误。

### 重点法条

179. 定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用其定居国法律。

180. 外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认定为有民事行为能力。

181. 无国籍人的民事行为能力，一般适用其定居国法律；如未定居的，适用其住所地国法律。

184. 外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。

外国法人在我国领域内进行的民事活动，必须符合我国的法律规定。

#### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第一百四十三条 中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。

### 法条精解

1. 自然人的行为能力，原则上适用当事人属人法。

2. 法人的行为能力，依法人的属人法。

### 真题示例

(2005 - 1 - 37) 某国公民杰克逊 18 岁，在上海某商店购买一款手机，价值 4 000 元人民币。三天之后，杰克逊在另一商店发现该款手机的价格便宜许多，便到前一商店要求退货，被拒绝。杰克逊遂向上海某法院起诉，理由是根据其本国法，男子满 20 岁为成年人，自己未届成年，购买手机行为应属无效。对此，下列哪一种说法是正确的？

- A. 认定杰克逊的行为无效，手机可以退货
- B. 认定杰克逊的行为有效，手机不能退货
- C. 认定杰克逊为限制行为能力人，但因本案所涉金额不大，判购买行为有效
- D. 法院应根据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》处理该案

**答案：**B。

**解析：**根据《民通意见》第 180 条，答案应为 B 项。

### 重点法条

186. 土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均适用不动产所在地法律。

#### 【关联法条】

#### 《海商法》

第二百七十条 船舶所有权的取得、转让和消灭，适用船旗国法律。

第二百七十一条 船舶抵押权适用船旗国法律。船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间，设立船舶抵押权的，适用原船舶登记国的法律。

第二百七十二条 船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律。

#### 《民用航空法》

第一百八十五条 民用航空器所有权的取得、转让和消灭，适用民用航空器国籍登记国法律。

第一百八十六条 民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律。

第一百八十七条 民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。

### 法条精解

1. 物权的法律适用包含在《民通意见》第 186 条中。

2. 船舶物权的法律适用包含在《海商法》第 270 ~ 272 条中。

### 真题示例

(2004-1-37) 依我国《民用航空法》的规定, 民用航空器的转让、抵押, 应当适用哪国法律?

- A. 民用航空器转让、抵押地国法律
- B. 民用航空器所在地国法律
- C. 民用航空器国籍登记国法律
- D. 受理案件的法院所在地国法律

答案: C。

### 重点法条

187. 侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果二者不一致时, 人民法院可以选择适用。

#### 【关联法条】

##### 《民法通则》

第一百四十五条 涉外合同的当事人可以选择适用处理合同争议所适用的法律, 法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的, 适用与合同有最密切联系的国家法律。

第一百四十六条 侵权行为的损害赔偿, 适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的, 也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。

##### 《合同法》

第一百二十六条 涉外合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律, 但法律另有规定的除外。涉外合同当事人没有选择的, 适用于合同有最密切联系的国家法律。

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同, 适用中华人民共和国法律。

##### 《海商法》

第二百七十三条 船舶碰撞的损害赔偿, 适用侵权行为地法律。

船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿, 适用受理案件的法院所在地法律。

同一国籍的船舶, 不论碰撞发生于何地, 碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

第二百七十五条 海事赔偿责任限制, 适用受理案件的法院所在地法律。

##### 《民用航空法》

第一百八十九条 民用航空器在公海上空对地面第三人的损害赔偿, 适用受理案件的法院所在地法律。

### 法条精解

1. 注意我国合同法律适用主要包括以下原则:

- (1) 意思自治原则, 适用于《民法通则》第145条;
- (2) 最密切联系原则, 适用前提是当事人没有行使意思自治, 适用于《合同法》第126条;

2. 注意关于侵权行为之债的法律使用原则:

- (1) 侵权行为地原则, 适用于《民法通则》第146条、《海商法》第273条;
- (2) 重叠适用侵权行为地法和法院地法原则, 适用于《民法通则》第146条第2款的规定;
- (3) 法院地法原则, 适用于《海商法》第273条和第275条, 《民用航空法》第189条;
- (4) 船旗国法原则, 适用于《海商法》第273条第3款。

### 真题示例

(2007-1-37) 巴拿马籍货轮“安达号”承运一批运往中国的货物, 中途停靠韩国。“安达号”在韩国停靠卸载同船装运的其他货物时与利比亚籍“百利号”相碰。“安达号”受损但能继续航行, 并得知“百利号”最后的目的地也是中国港口。“安达号”继续航行至中国港口卸货并在中国某海事法院起诉“百利号”, 要求其赔偿碰撞损失。依照我国法律, 该法院处理该争议应适用下列哪一国法律?

- A. 中国法律, 因为本案两船国籍不同, 应适用法院地法处理争议
- B. 巴拿马法律, 因为它是本案原告船舶的国籍国
- C. 利比亚法律, 因为它是本案被告船舶的国籍国



答案: D。

### 重点法条

### 【关联法条】

《民法通则》

## 《收养法》

第二十一条 外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女。

### 法条精解

- ### 真题示例

答案: A。

《票据法》

### 重点法条

第九十六条 票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。

## 第三章



第九十七条 汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律。

支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可以适用付款地法律。

第九十八条 票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律。

第九十九条 票据追索权的行使期限，适用出票地法律。

第一百零一条 票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。

### 法条精解

1. 关于票据债务人的民事行为能力在完全民事行为能力、无民事行为能力及限制民事行为能力三种情况下的法律适用。

2. 关于票据的形式，适用《票据法》第97条。

3. 关于票据行为，遵从场所支配行为的原则。

4. 关于票据追索权的行使，适用《票据法》第99条。

5. 关于票据丧失时的程序保全程序适用《票据法》第101条。

### 真题示例

(2006-1-41) 甲公司在中国签发一张以德国乙公司为受益人，以德国丙银行为付款人的汇票。乙公司在德国将该汇票背书转让给西班牙丁公司，丁公司向丙银行提示承兑时被拒绝。依照我国《票据法》，关于此案的法律适用，下列哪一表述是正确的？

A. 甲公司是否有签发该汇票的能力应依德国法

B. 该汇票的背书争议应适用西班牙法

C. 该汇票出票时的记载事项适用中国法

D. 丙银行拒绝承兑后，该汇票追索权的行使期限适用德国法

答案：C。

解析：根据《票据法》第97条的规定，正确答案为C，其他选项均不正确。

## 《民事诉讼法》

### 重点法条

第二十二条 对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

第二十三条 下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

(一) 对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；

(二) 对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；

(三) 对被劳动教养的人提起的诉讼；

(四) 对被监禁的人提起的诉讼。

第三十四条 下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

(一) 因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

(二) 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

(三) 因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

第二百四十一条 因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。





第二百四十二条 涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

13. 在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

14. 在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。

15. 中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

16. 中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告住所地的人民法院管辖。

305. 依照民事诉讼法第三十四条和第二百四十六规定，属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。

### 法条精解

1. 普通地域管辖即原告就被告原则，只要被告住所地在我国，我国法院就有管辖权。其法律适用体现在《民事诉讼法》第22条、第23条及《民诉意见》第13条至第16条。

2. 特别地域管辖，其法律适用体现于《民事诉讼法》第241条。

3. 协议管辖，其法律适用体现于《民事诉讼法》第242条。

4. 专属管辖，其法律适用体现于《民事诉讼法》第34条和第244条。

5. 默示推定接受管辖，其法律适用体现于《民事诉讼法》第243条。

### 真题示例

(2006-1-40) 中国 X 公司与美国 Y 公司订立一项出口电器合同，约定有关该合同争议的解决适用《美国统一商法典》。X 公司负责安排巴拿马籍货轮运输，并约定适用《海牙规则》。该批货物在中国港口装船时因操作失误使码头装卸设备与船舶发生了碰撞，导致船舶与部分货物的损失。依照我国有关法律，下列哪一选项是正确的？

- A. 该案应由中国该港口辖区中级人民法院管辖
- B. 该案应由中国该港口辖区海事法院管辖
- C. 出口合同的双方选择适用《美国统一商法典》的约定是无效的
- D. 运输合同应当适用中国法

答案：B。

解析：《海事诉讼特别程序法》第7条第1项规定，因沿海港口作业纠纷提起的诉讼，由港口所在地海事法院管辖。故 B 正确。我国《海事诉讼特别程序法》只是规定了因沿海港口作业纠纷提起的诉讼，由港口所在地海事法院管辖，而没有规定必须由中级人民法院管辖，故 A 错误；根据《民法通则》第145条规定可知选项 C、D 是错误的。

### 重点法条

第二百六十条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。

外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。

第二百六十一条 请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。

外国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中华人民共和国的法律，并不得采取强制措施。

除前款规定的情况外，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国



和国领域内送达文书、调查取证。

第二百六十二条 外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。

第二百六十三条 人民法院提供司法协助，依照中华人民共和国法律规定的程序进行。外国法院请求采用特殊方式的，也可以按照其请求的特殊方式进行，但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。

第二百六十五条 外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

### 法条精解

1. 我国法院与外国法院可在条约或互惠的基础上，相互请求进行各种协助。

2. 关于途径，首先依条约规定，没有条约的，通过外交途径；没有条约又无互惠关系的国家法院，不通过外交途径，直接请求我国法院协助的，应予退回并说明理由。

3. 关于程序法，我国法院给外国法院提供司法协助，在程序上一般适用我国法，特殊情况下可以按照请求方提出的特殊方式进行协助，但该要求不得违反我国的法律和公共秩序。

### 真题示例

（2004-1-72）某外国法院依照该国与我国缔结或共同参加的国际条约的规定提出司法协助请求，我国法院应该依照什么程序提供司法协助？

- A. 依照国际惯例进行
- B. 依照我国法律规定的程序进行
- C. 依照该外国法律规定的程序进行，但该程序不得违反我国的公共秩序
- D. 在一定条件下，也可依照外国法院请求的特殊方式进行

答案：BD。

解析：根据《民事诉讼法》第263条和第265条的规定，可知本题选BD。

## 《国际贸易术语解释通则》

### 重点法条

**FCA 货交承运人（……指定地点）**

**卖方义务**

1. 提供符合合同规定的货物

卖方必须提供符合销售合同规定的货物和商业发票或有同等作用的电子讯息，以及合同可能要求的、证明货物符合合同规定的其他任何凭证。

2. 许可证、其他许可和手续

卖方必须自担风险和费用，取得任何出口许可证或其他官方许可，并在需要办理海关手续时，办理货物出口所需要的一切海关手续。

3. 运输合同与保险合同

运输合同无义务。但若买方要求，或者如果是商业惯例而买方未适时给予卖方相反指示，则卖方可按照通常条件订立运输合同，费用和 risk 由买方承担。在任何一种情况下，卖方都可以拒绝订立此合同；如果拒绝，则应立即通知买方。

保险合同无义务。

4. 交货

卖方必须在指定的交货地点，在约定的交货日期或期限内，将货物交付给买方指定的承运人或其他人，





或由卖方按照 A3a) 选定的承运人或其他人。

交货在以下时候完成：

若指定的地点是卖方所在地，则当货物被装上买方指定的承运人或代表买方的其他人提供的运输工具时；

若指定的地点不是 a) 而是其他任何地点，则当货物在卖方的运输工具上，尚未卸货而交给买方指定的承运人或其他人或由卖方按照 A3a) 选定的承运人或其他人的处置时。

若在指定的地点没有决定具体交货点，且有几个具体交货点可供选择时，卖方可以在指定的地点选择最适合其目的的交货点。

若买方没有明确指示，则卖方可以根据运输方式和/或货物的数量和/或性质将货物交付运输。

#### 5. 风险转移

卖方必须承担货物灭失或损坏的一切风险，直至已经按照卖方义务第 4 条规定交货为止。

#### 买方义务

##### 1. 支付价款

买方必须按照销售合同规定支付价款。

##### 2. 许可证、其他许可和手续

买方必须自担风险和费用，取得任何进口许可证或其他官方许可，并在需要办理海关手续时，办理货物进口和从他国过境所需的一切海关手续。

##### 3. 运输合同和保险合同

运输合同买方必须自付费用订立自指定的装运港运输货物的合同。

保险合同无义务。

##### 4. 受领货物

买方必须在卖方按照卖方义务第 4 条规定交货时受领货物。

##### 5. 风险转移

买方必须按照下述规定承担货物灭失或损坏的一切风险：

自按照卖方义务第 4 条规定交货时起，由于买方未按照规定通知卖方，或其指定的船只未按时到达，或未接收货物，或较按照通知的时间提早停止装货，则自约定的交货日期或期限届满时起，但以该项货物已划拨到合同项下，即明确保留或以其他方式确定为合同项下之货物为限。

#### FOB 船上交货（……指定装运港）

#### 卖方义务

##### 1. 提供符合合同规定的货物

卖方必须提供符合销售合同规定的货物和商业发票或有同等作用的电子讯息，以及合同可能要求的、证明货物符合合同规定的其他任何凭证。

##### 2. 许可证、其他许可和手续

卖方必须自担风险和费用，取得任何出口许可证或其他官方许可，并在需要办理海关手续时，办理货物出口货物所需的一切海关手续。

##### 3. 运输合同和保险合同

运输合同无义务。

保险合同无义务。

##### 4. 交货

卖方必须在约定的日期或期限内，在指定的装运港，按照该港习惯方式，将货物交至买方指定的船上。

##### 5. 风险转移

卖方必须承担货物灭失或损坏的一切风险，直至货物在指定的装运港越过船舷为止。

#### 买方义务

##### 1. 支付价款

买方必须按照销售合同规定支付价款。

##### 2. 许可证、其他许可和手续

买方必须自担风险和费用，取得任何进口许可证或其他官方许可，并在需要办理海关手续时，办理货物进口和在必要时从他国过境所需的一切海关手续。

### 3. 运输合同和保险合同

#### 运输合同

买方必须自付费用订立从指定的装运港运输货物的合同。

保险合同无义务。

### 4. 受领货物

买方必须在卖方按照卖方义务第4条规定交货时受领货物

### 5. 风险转移

买方必须按照下述规定承担货物灭失或损坏的一切风险：

货物在指定的装运港越过船舷时起；及于买方未按照买方义务第7条规定通知卖方，或其指定的船只未按时到达，或未接收货物，或较按照买方义务第7条规定通知的时间提早停止装货，则自约定的交货日期或交货期限届满之日起，但以该项货物已正式划归合同项下，即清楚地划出或以其他方式确定为合同项下之货物为限。

## CFR 成本加运费（……指定目的港）

### 卖方义务

#### 1. 提供符合合同规定的货物

卖方必须提供符合销售合同规定的货物和商业发票或有同等作用的电子讯息，以及合同可能要求的、证明货物符合合同规定的其他任何凭证。

#### 2. 许可证、其他许可和手续

卖方必须自担风险和费用，取得任何出口许可证或其他官方许可，并在需要办理海关手续时，办理货物出口货物所需的一切海关手续。

#### 3. 运输合同和保险合同

运输合同卖方必须自付费用，按照通常条件订立运输合同，经由惯常航线，将货物用通常可供运输合同所指货物类型的海轮（或依情况适合内河运输的船只）运输至指定的目的港。

保险合同无义务。

#### 4. 交货

卖方必须在装运港，在约定的日期或期限内，将货物交至船上。

#### 5. 风险转移

除买方义务第5条规定者外，卖方必须承担货物灭失或损坏的一切风险，直至货物在装运港越过船舷为止。

### 买方义务

#### 1. 支付价款

买方必须按照销售合同规定支付价款。

#### 2. 许可证、其他许可和手续

买方必须自担风险和费用，取得任何进口许可证或其他官方许可，并在需要办理海关手续时，办理货物进口及从他国过境的一切海关手续。

#### 3. 运输合同与保险合同

运输合同无义务。

保险合同无义务。

#### 4. 受领货物

买方必须在卖方按照卖方义务4规定交货时受领货物，并在指定的目的港从承运人收受货物。

#### 5. 风险转移

买方必须承担货物在装运港越过船舷之后灭失或损坏的一切风险。

如买方未按照卖方义务第7条规定给予卖方通知，买方必须从约定的装运日期或装运期限届满之日起，承担货物灭失或损坏的一切风险，但以该项货物已正式划归合同项下，即清楚地划出或以其他方式确定为合同项下之货物为限。

## 法条精解

国际贸易术语，又称价格术语、交货条件，是在国际贸易实践中逐渐形成的用以确定买卖标的物的价格、买卖双方各自承担的费用、风险、责任范围的以英文缩写表示的专门术语。它是国际惯例的一种，具







有任意性，即只有当事人选择使用，才对当事人有约束力。这一点不同于公约，公约对缔约国当事人而言只有被当事人排除时才不适用。共有 13 个术语，依次分为 E、F、C、D 四组，主要涉及货物运输，风险划分，投保义务，交货地点，出口、进口清关手续及费用负担等内容。具体分析如下：

1. EXW，全称是工厂交货（指定地点）。卖方在其所在地或者其他指定地点（如工厂、仓库）将货物交给买方处置时，即完成交货。风险在交货时转移至买方。

2. FCA，全称是货交承运人（指定地点）。交货地点有 2 种情况：

（1）在卖方所在地将货物装上买方派来的运输工具上交货，风险转移；

（2）在卖方所在地以外某个地点，不卸货，在卖方自己的车上货交买方支配，风险转移。

3. FAS，全称船边交货（指定装运港）。交货地点在装运港买方派来接货的船边，货到船边之前风险费用由卖方承担，之后由买方承担。

4. FOB，全称船上交货（指定装运港）。交货地点在装运港买方派来接货的船上，风险费用的划分界限在货物越过船舷之时。

5. CFR，全称成本加运费（指定目的港）。交货地点与风险转移同 FOB。不同之处在于卖方负责支付货物运到目的港的主运费。

6. CIF，全称成本、保险费加运费（指定目的港）。交货地点与风险转移同 FOB 与 CFR，与 CFR 不同之处在于卖方要自负费用为货物投保。

7. CPT，全称运费付至（指定目的地）。交货地点在货交第一承运人，风险在交货时转移，货物运至指定目的地的主运费由卖方承担。

8. CIP，全称运费和保险费付至（指定目的地）。交货地点与风险转移同 CPT，与 CPT 唯一不同之处在于卖方要自负为货物投保。

9. DAF，全称边境交货（指定地点）。卖方须承担将货物运至出口国或进口国指定地点的费用和风险，交货地点与风险转移都在边境指定地点。该术语主要适用于毗邻国家间的贸易。

10. DES，全称目的港船上交货（指定目的港）。“目的港船上交货（指定目的港）”是指在指定的目的港，货物在船上交给买方处置，但不办理货物进口清关手续，卖方即完成交货。卖方必须承担货物运至指定的目的港卸货前的一切风险和费用。如果当事各方希望卖方负担卸货的风险和费用，则应使用 DEQ 术语。

11. DEQ，全称是目的港码头交货（指定目的港）。“目的港码头交货”是指卖方在指定的目的港码头将货物交给买方处置，不办理进口清关手续，即完成交货。卖方应承担将货物运至指定的目的港并卸至码头的一切风险和费用。

DEQ 术语要求买方办理进口清关手续并在进口时支付一切办理海关手续的费用、关税、税款和其他费用。

这和以前版本相反，以前版本要求卖方办理进口清关手续。

如果当事方希望卖方负担全部或部分进口时交纳的费用，则应在销售合同中明确写明。

只有当货物经由海运、内河运输或多式联运且在目的港码头卸货时，才能使用该术语。但是，如果当事方希望卖方负担将货物从码头运至港口以内或以外的其他点（仓库、终点站、运输站等）的义务时，则应使用 DDU 或 DDP 术语。

12. DDU，全称是未完税交货（指定目的港）。“未完税交货（指定目的地）”是指卖方在指定的目的地将货物交给买方处置，不办理进口手续，也不从交货的运输工具上将货物卸下，即完成交货。卖方应承担将货物运至指定的目的地的一切风险和费用，不包括在需要办理海关手续时在目的地国进口应交纳的任何“税费”（包括办理海关手续的责任和风险，以及交纳手续费、关税、税款和其他费用）。买方必须承担此项“税费”和因其未能及时输货物进口清关手续而引起的费用和风险。

但是，如果买方希望卖方办理海关手续并承担由此发生的费用和 risk，以及在货物进口时应支付的一切费用，则应在销售合同中明确写明。

该术语适用于各种运输方式，但当货物在目的港船上或码头交货时，应使用 DES 或 DEQ 术语。

13. DDP，全称是完税后交货（指定目的港）。“完税后交货（指定目的地）”是指卖方在指定的目的地，办理完进口清关手续，将在交货运输工具上尚未卸下的货物交与买方，完成交货。卖方必须承担将货物运至指定的目的地的一切风险和费用，包括在需要办理海关手续时在目的地应交纳的任何“税费”（包括办理海关手续的责任和风险，以及交纳手续费、关税、税款和其他费用）。

EXW 术语下卖方承担最小责任，而 DDP 术语下卖方承担最大责任。



(2007-1-86) 甲公司与乙公司依 CIF 安特卫普价格订立了出口一批布料的合同。货物运输途中, 乙公司将货物转卖给丙公司。关于这批布料两次交易的风险转移时间, 依 2000 年《国际贸易术语解释通则》及《联合国国际货物销售合同公约》的规定, 下列哪些选项是正确的?

- A. 在甲公司与乙公司之间, 货物风险在货物交第一承运人时转移
- B. 在甲公司与乙公司之间, 货物风险在货物越过装运港船舷时转移
- C. 在乙公司与丙公司之间, 货物风险原则上在双方订立合同时转移
- D. 在乙公司与丙公司之间, 货物风险原则上在丙公司收到货物时转移

答案: BC。

解析: 根据《国际贸易术语解释通则》有关 CIF 术语的规定, 在甲、乙之间风险转移的时间为装运港货物越过船舷。而在乙、丙之间由于没有约定贸易术语, 并且属于在途货物交易, 风险转移的时间按照《公约》的规定应为合同订立时, 故答案应为 BC。

## 《跟单信用证统一惯例》

### 重点法条

#### 第一条 UCP 的适用范围

《跟单信用证统一惯例》2007 年修订本, 国际商会第 600 号出版物 (简称 UCP600) 乃一套规则, 适用于所有的其文本中明确表明受本惯例约束的跟单信用证 (下称信用证) (在其可适用的范围内, 包括备用信用证)。除非信用证明确修改或排除, 本惯例各条文对信用证所有当事人均具有约束力。

#### 第二条 定义

就本惯例而言:

通知行指应开证行的要求通知信用证的银行。

申请人指要求开立信用证的一方。

银行工作日指银行在其履行受本惯例约束的行为的地点通常开业的一天。

受益人指接受信用证并享受其利益的一方。

相符交单指与信用证条款、本惯例的相关适用条款以及国际标准银行实务一致的交单。

保兑指保兑行在开证行承诺之外做出的承付或议付相符交单的确定承诺。

保兑行指根据开证行的授权或要求对信用证加具保兑的银行。

信用证指一项不可撤销的安排, 无论其名称或描述如何, 该项安排构成开证行对相符交单予以承付的确定承诺。

承付指:

- a. 如果信用证为即期付款信用证, 则即期付款。
- b. 如果信用证为延期付款信用证, 则承诺延期付款并在承诺到期日付款。
- c. 如果信用证为承兑信用证, 则承兑受益人开出的汇票并在汇票到期日付款。

开证行指应申请人要求或者代表自己开出信用证的银行。

议付指指定银行在相符交单下, 在其应获偿付的银行工作日当天或之前向受益人预付或者同意预付款项, 从而购买汇票 (其付款人为指定银行以外的其他银行) 及/或单据的行为。

指定银行指信用证可在其处兑用的银行, 如信用证可在任一银行兑用, 则任何银行均为指定银行。

交单指向开证行或指定银行提交信用证项下单据的行为, 或指按此方式提交的单据。

交单人指实施交单行为的受益人、银行或其他人。

#### 第十条 修改

除第三十八条另有规定者外, 未经开证行、保兑行 (如有的话) 及受益人同意, 信用证既不得修改, 也不得撤销。

开证行自发出修改之时起, 即不可撤销地受其约束。保兑行可将其保兑扩展至修改, 并自通知该修改时, 即不可撤销地受其约束。但是, 保兑行可以选择将修改通知受益人而不对其加具保兑。若然如此, 其





必须毫不延误地将此告知开证行，并在其给受益人的通知中告知受益人。

在受益人告知通知修改的银行其接受该修改之前，原信用证（或含有先前被接受的修改的信用证）的条款对受益人仍然有效。受益人应提供接受或拒绝修改的通知。如果受益人未能给予通知，当交单与信用证以及尚未表示接受的修改的要求一致时，即视为受益人已作出接受修改的通知，并且从此时起，该信用证被修改。

通知修改的银行应将任何接受或拒绝的通知转告发出修改的银行。

对同一修改的内容不允许部分接受，部分接受将被视为拒绝修改的通知。

修改中关于除非受益人在某一时间内拒绝修改否则修改生效的规定应被不予理会。

#### 第十八条 商业发票

商业发票：

必须看似由受益人出具（第三十八条规定的情形除外）；

必须出具成以申请人为抬头（第三十八条 g 款规定的情形除外）；

必须与信用证的货币相同；且无须签名。

按指定行事的指定银行、保兑行（如有的话）或开证行可以接受金额大于信用证允许金额的商业发票，其决定对有关各方均有约束力，只要该银行对超过信用证允许金额的部分未作承付或者议付。

商业发票上的货物、服务或履约行为的描述应该与信用证中的描述一致。

### 法条精解

1. UCP600 取消了无实际意义的许多条款，如“可撤销信用证”，“风帆动力批注”，“货运代理提单”。

2. 进行了重大的结构调整：增加了专门的定义条款（第 2 条）和解释条款（第 3 条，该条合并了原第 8 条、第 46 条、第 47 条等条款的许多内容），从而对全文重要概念进行了集中规定。

3. 引入了新概念如兑付、相符提示等。兑付是承兑与付款的合称。相符提示指提交的单据符合要求。

4. 审单期间缩短，由原来的“不超过 7 个银行日的合理期限”改为“收单后翌日最多 5 个银行日”等。

5. 改进了议付定义，UCP600 改为，被指定银行在其应获得偿付的银行日或在此之前，通过向受益人预付或同意向受益人预付款项的方式购买相符提示下的汇票或单据。强调是对单据的买入行为，明确可以垫付或同意垫付给受益人。

6. 明确沉默不等于接受，第 10 条明确否认了银行在其修改通知书中声称受益人某几天内不表示拒绝即为承认修改的做法。信用值至于受益人的不可撤销性突出。

7. 开证行义务：

（1）兑付义务，适用于两种情况，一种是信用证直接规定开证行有兑付责任的；另一种是信用证规定其他被指定银行有兑付或议付义务，但其他被指定银行不履行该义务。

（2）偿付义务，其他被指定银行已履行兑付或议付义务并向开证行寄来合格的单据，开证行对这些银行应当偿付。在承兑或延期付款信用证情况下，即使指定银行先寄单，尚未兑付，在这些单据付款到期日，开证行也要偿付。

### 真题示例

（2008-1-87）根据国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP600）的规定，如果受益人按照信用证的要求完成对指定银行的交单义务，出现下列哪些情形时，开证行应予承付？

- A. 信用证规定指定银行议付但其未议付
- B. 信用证规定指定银行延期付款但其未承诺延期付款
- C. 信用证规定指定银行承兑，指定行承兑但到期不付款
- D. 信用证规定指定银行即期付款但其未付款

答案：ABCD。

解析：根据《跟单信用证统一惯例》第 7 条的规定，本题的正确答案是 ABCD。

# 《对外贸易法》

## 重点法条

第二条 本法适用于对外贸易以及与对外贸易有关的知识产权保护。

本法所称对外贸易，是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。

中华人民共和国的单独关税区不适用本法。

第八条 本法所称对外贸易经营者，是指依法办理工商登记或者其他执业手续，依照本法和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。

第九条 从事货物进出口或者技术进出口的对外贸易经营者，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理备案登记；但是，法律、行政法规和国务院对外贸易主管部门规定不需要备案登记的除外。备案登记的具体办法由国务院对外贸易主管部门规定。对外贸易经营者未按照规定办理备案登记的，海关不予办理进出口货物的报关验放手续。

### 【关联法条】

### 《对外贸易法》

第十一条 国家可以对部分货物的进出口实行国营贸易管理。实行国营贸易管理货物的进出口业务只能由经授权的企业经营；但是，国家允许部分数量的国营贸易管理货物的进出口业务由非授权企业经营的除外。

实行国营贸易管理的货物和经授权经营企业的目录，由国务院对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门确定、调整并公布。

违反本条第一款规定，擅自进出口实行国营贸易管理的货物的，海关不予放行。

第六十八条 国家对边境地区与接壤国家边境地区之间的贸易以及边民互市贸易，采取灵活措施，给予优惠和便利。具体办法由国务院规定。

## 法条精解

1. 本法调整范围包括对外贸易本身及其相关的知识产权保护。
2. 注意对外贸易包括三种贸易。
3. 注意有关单独关税区的例外规定。单独关税区指香港、澳门特别行政区等地区。
4. 边境贸易也有特殊规定（本法第68条）。
5. 本法将外贸经营者的范围扩大到法人、其他组织或者个人。
6. 从事货物进出口或者技术进出口的对外贸易经营者，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理备案登记，除非免于登记事项。
7. 国家可以对特定的货物进出口贸易实行国营贸易管理，即一般只能由经授权的企业经营。

## 真题示例

（2005-1-87）下列关于2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》的表述，哪些是正确的？

- A. 对外贸易经营者应为被授予外贸经营权的法人及其他组织
- B. 该法只适用于货物进出口
- C. 该法不适用于香港、澳门地区
- D. 该法规定了对进口货物侵犯知识产权的制裁措施

答案：CD。

解析：本题难度不大，属于直接考查法条的类型题目。根据《对外贸易法》第2条、第8条、第29条即可获得答案，选项C、D是正确的。

## 重点法条

第六条 中华人民共和国在对外贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定，给予其他缔约方、参加方最惠国待遇、国民待遇等待遇，或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇等待遇。





第七条 任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。

### 【关联法条】

#### 《对外贸易法》

第三十一条 其他国家或者地区在知识产权保护方面未给予中华人民共和国的法人、其他组织或者个人国民待遇，或者不能对来源于中华人民共和国的货物、技术或者服务提供充分有效的知识产权保护的，国务院对外贸易主管部门可以依照本法和其他有关法律、行政法规的规定，并根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，对与该国家或者该地区的贸易采取必要的措施。

### 法条精解

1. 我国实行对外贸易的互惠原则、对等原则。

2. 国民待遇又称平等待遇，是指国内给予外国人的待遇和给予本国人的待遇相同，即在相同条件下外国人与国内人享有的权利和承担的义务相同。其他成员的产品或服务、服务提供者以及知识产权进入本国后，其所享受的待遇不低于本国产品或本国服务、服务提供者及知识产权所有人享受的待遇。包括国内税费方面的国民待遇和国内法规方面的国民待遇。

3. 最惠国待遇是指授予国给予某外国的待遇，不低于或不少于授予国已给予或将给予任何第三国的待遇。一方保证把它给予任何第三方的贸易优惠（如低关税或其他特权）同时给予对方。其具有普遍性、相互性、自动性、同一性的特征。

### 真题示例

（2006-1-42）关于世界贸易组织（WTO）的最惠国待遇制度，下列哪种说法是正确的？

- A. 由于在 WTO 不同的协议中，最惠国待遇的含义不完全相同，所以，最惠国待遇的获得是有条件的
- B. 在 WTO 中最惠国待遇是各成员相互给予的，每个成员既是施惠者，也是受惠者
- C. 对最惠国待遇原则的修改需经全体成员 4/5 同意才有效
- D. 区域经济安排是最惠国待遇义务的例外，但边境贸易优惠则不是

答案：B。

解析：最惠国待遇制度表现出普遍性、相互性、自动性和统一性的特点。WTO 中某成员给予另一成员在货物贸易方面的优惠、特权和豁免都必须同样给予所有其他成员，每一成员既是施惠者，也是受惠者。故 B 正确。

### 重点法条

第十四条 国家准许货物与技术的自由进出口。但是，法律、行政法规另有规定的除外。

第十六条 国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口：

- （一）为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进口或者出口的；
- （二）为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口的；
- （三）为实施与黄金或者白银进出口有关的措施，需要限制或者禁止进口或者出口的；
- （四）国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源，需要限制或者禁止出口的；
- （五）输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的；
- （六）出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的；
- （七）为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的；
- （八）对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的；
- （九）为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，需要限制进口的；
- （十）依照法律、行政法规的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的；
- （十一）根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的。

### 【关联法条】

#### 《对外贸易法》

第十五条 国务院对外贸易主管部门基于监测进出口情况的需要，可以对部分自由进出口的货物实行



进出口自动许可并公布其目录。

实行自动许可的进出口货物，收货人、发货人在办理海关报关手续前提出自动许可申请的，国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构应当予以许可；未办理自动许可手续的，海关不予放行。

进出口属于自由进出口的技术，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

### 法条精解

1. 原则上，我国采贸易自由原则（本法第14条）。但是：

（1）可以对部分自由进出口的货物实行进出口自动许可：即在办理海关报关手续前应当提出自动许可申请的，国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构也应当予以许可；

（2）进出口属于自由进出口的技术，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

2. 尽量熟悉限制、禁止进出口货物、技术的若干具体情形（本法第16条）。

3. 本法第26条对限制、禁止国际服务贸易有同本法第16~17条类似的规定，但亦有差别，请注意比较。

4. 了解本法第18条对外经济贸易主管部门的临时决定权：临时限制或禁止公布目录以外的特定货物、技术的进口或者出口。

5. 限制进出口货物的，可实行配额制、许可证管理制；对部分进口货物可以实行关税配额管理。

6. 限制进出口技术的，只实行许可证管理制。

7. 一旦实行配额、许可证管理，则必须经过许可，方可进口或出口。

### 真题示例

（2004-1-15）依我国2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》的规定，基于保障国家国际金融地位和国际收支平衡的原因，国家可以对货物贸易采取下列哪一项措施？

A. 禁止进口

B. 禁止出口

C. 限制进口

D. 限制出口

答案：C。

解析：根据2004年4月6日修订的《对外贸易法》第16条第9项的规定，为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，国家可对货物贸易实行限制进口，所以选C。

### 重点法条

第四十一条 其他国家或者地区的产品以低于正常价值的倾销方式进入我国市场，对已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，国家可以采取反倾销措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁或者阻碍。

第四十二条 其他国家或者地区的产品以低于正常价值出口至第三国市场，对我国已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对我国建立国内产业造成实质阻碍的，应国内产业的申请，国务院对外贸易主管部门可以与该第三国政府进行磋商，要求其采取适当的措施。

#### 【关联法条】

#### 《对外贸易法》

第四十条 国家根据对外贸易调查结果，可以采取适当的对外贸易救济措施。

#### 《反倾销条例》

第三条 倾销，是指在正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的出口价格进入中华人民共和国市场。

对倾销的调查和确定，由商务部负责。

第四条 进口产品的正常价值，应当区别不同情况，按照下列方法确定：

（一）进口产品的同类产品，在出口国（地区）国内市场的正常贸易过程中有可比价格的，以该可比价格为正常价值；

（二）进口产品的同类产品，在出口国（地区）国内市场的正常贸易过程中没有销售的，或者该同类产品的价格、数量不能据以进行公平比较的，以该同类产品出口到一个适当第三国（地区）的可比价格或







者以该同类产品在原产国（地区）的生产成本加合理费用、利润，为正常价值。

第六条 进口产品的出口价格低于其正常价值的幅度，为倾销幅度。

对进口产品的出口价格和正常价值，应当考虑影响价格的各种可比性因素，按照公平、合理的方式进行比较。

第七条 损害，是指倾销对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

### 法条精解

1. 实施反倾销的三个条件：

(1) 存在倾销行为：进口产品的出口价格低于其正常价值，即有倾销存在。WTO 反倾销规则正常价值的确定方法有三种，即出口国价格、向第三国出口的价格和推定价格。

(2) 损害结果：产品的倾销对进口国同类产业造成了实质性损害。

(3) 倾销与损害之间存在因果关系：损害是因进口产品的倾销所致。

2. 进口产品的出口价格确定：

(1) 进口产品有实际价格或者应当支付价格的，以该价格为该产品出口到我国的价格。

(2) 进口产品没有实际价格或价格不可靠的，以根据该进口产品首次转售给独立购买人的价格推定的价格为出口价格。

(3) 前述情况外，可以以商务部根据合理基础推定的价格为出口价格。

3. 国内产业：

(1) 国内产业指中华人民共和国国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者；

(2) 但国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的，或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的，可以排除在国内产业之外；

(3) 在特殊情形下，国内一个区域市场中的生产者，在该市场中销售其全部或者几乎全部的同类产品，并且该市场中同类产品的需求主要不是由国内其他地方的生产者供给的，可以视为一个单独产业（《反倾销条例》第 11 条）。

4. 同类产品：

(1) 同类产品是指与倾销进口产品相同的产品；

(2) 没有相同产品的，以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品（《反倾销条例》第 12 条）。

5. 反倾销调查机关：原则上由商务部负责，但涉及农产品的反倾销国内产业损害调查，由商务部会同农业部进行。在决定立案调查前，应当通知有关出口国（地区）政府。立案调查的决定，由商务部予以公告，并通知申请人、已知的出口经营者和进口经营者、出口国（地区）政府以及其他有利害关系的组织、个人。

6. 倾销幅度及其确定：倾销幅度，即进口产品的出口价格低于其正常价值的幅度。倾销幅度的确定，应当将加权平均正常价值与全部可比出口交易的加权价格进行比较，或者将正常价值与出口价格在逐笔交易的基础上进行比较，不能直接比较。

7. 初裁与临时反倾销措施：

(1) 商务部根据调查结果，就倾销、损害和二者之间的因果关系是否成立作出初裁决定，并予以公告（《反倾销条例》第 24 条）。

(2) 临时反倾销措施：① 形式（《反倾销条例》第 28 条）：征收临时反倾销税，要求提供保证金、保函或者其他形式的担保。② 实施期限：不超过 4 个月；在特殊情形下，可以延长至 9 个月。

8. 反倾销税：

(1) 适用情形：终裁决定确定倾销成立，并由此对国内产业造成损害的（《反倾销条例》第 37 条）。

(2) 反倾销税的纳税人：倾销进口产品的进口经营者（《反倾销条例》第 40 条）。

(3) 实施期限：不超过 5 年；特定情形下可适当延长。反倾销税税额不超过终裁决定的倾销幅度。

### 真题示例

（2006-1-44）根据中国法律，如果中国商务部终局裁定确定某种进口产品倾销成立并由此对国内产业造成损害的，可以征收反倾销税。下列关于反倾销税的哪种说法是正确的？

- A. 反倾销税只对终局裁定公告之日后进口的产品适用
- B. 反倾销税税额不得超过终局裁定的倾销幅度
- C. 反倾销税和价格承诺可以同时采取
- D. 反倾销税的纳税人应该是倾销产品的出口商

答案：B。

解析：本题直接考查法条，难度不大。根据我国《反倾销条例》的相关规定可知 B 当选。

## 重点法条

第四十三条 进口的产品直接或者间接地接受出口国家或者地区给予的任何形式的专向性补贴，对已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，国家可以采取反补贴措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁或者阻碍。

### 【关联法条】

#### 《反补贴条例》

第三条 补贴，是指出口国（地区）政府或者其任何公共机构提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

出口国（地区）政府或者其任何公共机构，以下统称出口国（地区）政府。

第四条 依照本条例进行调查、采取反补贴措施的补贴，必须具有专向性。

具有下列情形之一的补贴，具有专向性：

- （一）由出口国（地区）政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴；
- （二）由出口国（地区）法律、法规明确规定的某些企业、产业获得的补贴；
- （三）指定特定区域内的企业、产业获得的补贴；
- （四）以出口实绩为条件获得的补贴，包括本条例所附出口补贴清单列举的各项补贴；
- （五）以使用本国（地区）产品替代进口产品为条件获得的补贴。

在确定补贴专向性时，还应当考虑受补贴企业的数量和企业受补贴的数额、比例、时间以及给与补贴的方式等因素。

第七条 损害，是指补贴对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

对损害的调查和确定，由商务部负责；其中，涉及农产品的反补贴国内产业损害调查，由商务部会同农业部进行。

## 法条精解

本条规定的是反补贴措施。

基本原理：进口产品存在补贴，并对我国已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，我国可以依法进行调查，采取反补贴措施，以消除这种损害、损害威胁以及实质阻碍，以保护我国相关产业。

1. 反补贴措施适用情形：进口产品存在补贴，并且对已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的。

2. 补贴——任何形式的专向性补贴，是指出口国（地区）政府或者其任何公共机构提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

3. 所谓专向性的确定是指具有下列情形之一的补贴：

- （1）由出口国（地区）政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴；
- （2）由出口国（地区）法律、法规明确规定的某些企业、产业获得的补贴；
- （3）指定特定区域内的企业、产业获得的补贴；
- （4）以出口实绩为条件获得的补贴，包括本条例所附出口补贴清单列举的各项补贴；
- （5）以使用本国（地区）产品替代进口产品为条件获得的补贴。

4. 损害，是指补贴对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

5. 反补贴措施：





(1) 临时反补贴措施:

- ① 适用情形: 初裁决定确定补贴成立, 并由此对国内产业造成损害的;
- ② 形式: 临时反补贴措施采取以保证金或者保函作为担保的征收临时反补贴税的形式;
- ③ 实施期限: 不超过 4 个月。

(2) 反补贴税:

- ① 适用情形: 在为完成磋商的努力没有取得效果的情况下, 终裁决定确定补贴成立, 并由此对国内产业造成损害的, 可以征收反补贴税;
- ② 反补贴税的纳税人: 补贴进口产品的进口经营者;
- ③ 实施期限: 不超过 5 年; 特定情形下可适当延长。

### 真题示例

(2005-1-97) 根据《中华人民共和国反补贴条例》规定, 下列有关补贴认定的说法中, 何者为正确?

- A. 补贴不必具有专向性
- B. 补贴必须由政府直接提供
- C. 接受者必须获得利益
- D. 必须采取支付货币的形式

答案: C。

解析: 根据《反补贴条例》第 3 条规定可以看出, 补贴可以是政府提供, 也可以是其他任何公共机构提供; 既可以是直接地提供, 也可以是潜在地提供; 提供的补贴, 既可以是货币的形式, 也可以是担保的形式。其核心在于接受者必须获得利益, 因此答案选 C。

### 重点法条

第四十四条 因进口产品数量大量增加, 对生产同类产品或者与其直接竞争的产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的, 国家可以采取必要的保障措施, 消除或者减轻这种损害或者损害的威胁, 并可以对该产业提供必要的支持。

【关联法条】

《保障措施条例》

第二条 进口产品数量增加, 并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁 (以下除特别指明外, 统称损害) 的, 依照本条例的规定进行调查, 采取保障措施。

第七条 进口产品数量增加, 是指进口产品数量的绝对增加或者与国内生产相比的相对增加。

第十条 国内产业, 是指中华人民共和国国内同类产品或者直接竞争产品的全部生产者, 或者其总产量占国内同类产品或者直接竞争产品全部总产量的主要部分的生产者。

第十六条 有明确证据表明进口产品数量增加, 在不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损害的紧急情况下, 可以作出初裁决定, 并采取临时保障措施。

临时保障措施采取提高关税的形式。

第十八条 临时保障措施的实施期限, 自临时保障措施决定公告规定实施之日起, 不超过二百天。

第十九条 终裁决定确定进口产品数量增加, 并由此对国内产业造成损害的, 可以采取保障措施。实施保障措施应当符合公共利益。

保障措施可以采取提高关税、数量限制等形式。

### 法条精解

本条规定了保障措施。

1. 保障措施的适用条件

即使进口产品没有低价倾销行为, 产品出口商也没有接受有关补贴, 但只要进口产品数量大量增加, 对生产同类产品或者与其直接竞争的产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的。

(1) 进口产品数量增加, 是指进口产品数量的绝对增加或者与国内生产相比的相对增加 (《保障措施条例》第 7 条)。

(2) 国内产业, 是指中华人民共和国国内同类产品或者直接竞争产品的全部生产者, 或者其总产量占国内同类产品或者直接竞争产品全部总产量的主要部分的生产者 (《保障措施条例》第 10 条)。注意这里只包括生产者。

## 2. 保障措施

### (1) 临时保障措施

① 前提：当没有明确证据表明进口产品数量增加，在不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损害的紧急情况下，可以作出初裁决定，并采取临时保障措施。

② 形式：提高关税。

③ 实施期限：自临时保障措施决定公告规定实施之日起，不超过 200 天。

### (2) 保障措施

前提：仲裁决定确定进口产品数量增加，并由此对国内产业造成损害。

① 形式：可以采取提高关税、数量限制等形式；

② 实施期限：一般不超过 4 年，但最长不超过 10 年。

### (3) 无歧视

保障措施应当针对正在进口的产品实施，不区分产品来源国（地区）。采取保障措施应当限于防止、补救严重损害并便利调整国内产业所必要的范围内。

## 真题示例

（2003 - 1 - 94）根据我国保障措施制度，下列选项中何种损害是保障措施意义上的严重损害？

- A. 对销售同类产品的经销商的损害
- B. 对销售同类产品或直接竞争产品的经销商的损害
- C. 对生产同类产品或直接竞争产品的生产商的损害
- D. 对生产同类产品或直接竞争产品的工人的损害

答案：C。

解析：根据我国 2002 年 1 月 1 日实行的《保障措施条例》第 2 条及第 10 条的规定可知答案为 C。



# 第四章 法律职业道德和司法制度



2002 年以来，司法考试新增法律职业道德的内容，2006 年又在法律职业道德的基础上增加了司法制度的内容。从试题所占的分值来看，近几年法律职业道德的分值基本维持在 10 分左右，题目数量一般为 7~9 道。2006 年新增司法制度内容，故该部分在司法考试中所占的分值上升到 14 分，最近几年基本上维持在这个分值。从试题考查的内容看，由于 2006 年新增了司法制度的内容，考查的重点也将集中在这部分，但 2007 年的司法考试又转向对法律职业道德的考查，并在 2008 年和 2009 年的司考中继续以法律职业道德为考查重点。为此，考生应该熟练掌握《法官法》、《法官职业道德基本准则》、《检察官法》、《律师法》、《律师执业行为规范（试行）》中的重点法条。总的来说，本部分虽然考查的覆盖面较广，但难度不是太高，很多题目通过基本常识就可以进行判断。所以针对这一部分，大家要尽可能的不丢失分数。本部分的特点具体来讲：

1. 分值较少。本部分内容出现在试卷一各类选择题的最末部分，单选题、多选题各 4 道左右，不定项一道，不超过 10 道题目。
  2. 难度较低，以记忆性题目为主。与其他部门法相比，无论是理论深度还是题目难度，本部分试题都是最简单的。
  3. 重点突出。本部分的重点主要集中在审判制度、律师制度以及法官、检察官和律师的职业道德规范上，法律援助制度和公证制度地位稍低，但自从列入大纲开始，每年也会有 1 道题目出现。
- 正因如此，该部分内容却具有其他部门法所不具有的优势，那就是：
- （1）短期强化记忆效果明显。不少规范可用常理推测，所涉及的重点法条比较集中，因此只要付出一定的努力，即使是短期内进行强化记忆，得到的回报也是立竿见影的。
  - （2）性价比高，容易得分。民法等大法即使复习了很多遍，仍然要丢掉几乎 40% 的分数。而本部分性价比很高，记住了就能得分，不容忽视。

## 《法官法》

### 重点法条

第二条 法官是依法行使国家审判权的审判人员，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。

### 法条精解

注意法官行使国家审判权，其概念的外延包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。但不包括人民陪审员和代理审判员。

### 重点法条

第九条 担任法官必须具备下列条件：

- （一）具有中华人民共和国国籍；
- （二）年满二十三岁；
- （三）拥护中华人民共和国宪法；
- （四）有良好的政治、业务素质和良好的品行；
- （五）身体健康；
- （六）高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作





满二年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满三年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满一年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满二年。

本法施行前的审判人员不具备前款第六项规定的条件的，应当接受培训，具体办法由最高人民法院制定。

适用第一款第六项规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民法院审核确定，在一定期限内，可以将担任法官的学历条件放宽为高等院校法律专业专科毕业。

**第十条** 下列人员不得担任法官：

- (一) 曾因犯罪受过刑事处罚的；
- (二) 曾被开除公职的。

**第十一条** 法官职务的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。

最高人民法院院长由全国人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

地方各级人民法院院长由地方各级人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长，由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名决定任免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会任免。

在民族自治地方设立的地方各级人民法院院长，由民族自治地方各级人民代表大会选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

人民法院的助理审判员由本院院长任免。

军事法院等专门人民法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员的任免办法，由全国人民代表大会常务委员会另行规定。

### 【关联法条】

#### 《检察官法》

**第十八条** 检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。

#### 《律师法》

**第三十三条** 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听。

#### 《公证法》

**第十三条** 公证机构不得有下列行为：

- (一) 为不真实、不合法的事项出具公证书；
- (二) 毁损、篡改公证文书或者公证档案；
- (三) 以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务；
- (四) 泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私；
- (五) 违反规定的收费标准收取公证费；
- (六) 法律、法规、国务院司法行政部门规定禁止的其他行为。

### 法条精解

1. 法官的任职条件的命题角度在于以下几个方面：

(1) 年龄条件：23 周岁；

(2) 学历条件：法律本科或者其他本科具有法律知识的，有困难的地方可以把学历条件放宽到法律专科；

(3) 工作经验：注意区分 1 年、2 年、3 年的适用前提。

2. 法官任职的禁止规定：

(1) 行政拘留、治安处罚、受过纪律处分的不在其列；

(2) 因犯罪受过刑事处罚和曾被开除公职，符合其中一条即不得担任法官。

在一般情况下，法院院长都是由同级人大选举和罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员则由院长提名，同级人大常委会任免。助理审判员则由法院院长任免。注意：地区设立的中级人民法院和直辖市内设立的中级人民法院的特殊性，院长任命由省级人大常委会主任会议提名，省级人大常委会决定任免。以下表格帮助大家理解记忆。

级别	法官	选举罢免机关
最高法院	院长	全国人大
	副院长、审委会委员、(副)庭长、审判员	全国人大常委会
地方（包括民族自治地方）各级人民法院	院长	地方各级人大
	副院长、审委会委员、(副)庭长、审判员	本级人大常委会
按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院	院长	由主任会议提请省、自治区、直辖市人大常委会
	副院长、审委会委员、(副)庭长、审判员	由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市人大常委会
各级人民法院	助理审判员	本院院长
军事法院等专门人民法院	院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员	全国人大常委会另行规定

真题示例

- (四川 2008 - 1 - 50) 关于司法职业，下列哪一选项是错误的？
- A. 检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师
  - B. 担任最高人民法院法官应当从事法律工作满三年
  - C. 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人时，侦查机关可以监听
  - D. 公证机构不得以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务

答案：C。

解析：参见《检察官法》第 18 条、《法官法》第 9 条第 6 项、《律师法》第 33 条、《公证法》第 13 条第 3 项。

重点法条

- 第十三条 法官有下列情形之一的，应当依法提请免除其职务：
- (一) 丧失中华人民共和国国籍的；
  - (二) 调出本法院的；
  - (三) 职务变动不需要保留原职务的；
  - (四) 经考核确定为不称职的；
  - (五) 因健康原因长期不能履行职务的；
  - (六) 退休的；
  - (七) 辞职或者被辞退的；
  - (八) 因违纪、违法犯罪不能继续任职的。
- 第十五条 法官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、检察机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。
- 第十六条 法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得同时担任下列职务：
- (一) 同一人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长；
  - (二) 同一人民法院的院长、副院长和审判员、助理审判员；
  - (三) 同一审判庭的庭长、副庭长、审判员、助理审判员；

(四) 上下相邻两级人民法院的院长、副院长。

第十七条 法官从人民法院离任后二年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

法官从人民法院离任后,不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

## 法条精解

法官的任职回避是常考内容,必须牢记以上法条。同时注意以下几点:

1. 《法官法》第15条的规定与《律师法》第41条的意思基本一致,只是表述上稍有差别。

2. 法官从人民法院离任后,再也不能担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或辩护人。

3. 现任法官的配偶、子女不能担任其所任职的法院办理案件的诉讼代理人或辩护人。但是该条并没有排除现任法官的父母和其他近亲属。

《法官法》第13条规定的是法官的免职条件,只要符合其中任意一条件有权机关、单位和个人就可以提请法官的任免机关免除其职务。要注意的是法官不得兼职条件的职务是指是行政职务,担任党内职务的不在此限制范围之内。

## 重点法条

第三十二条 法官不得有下列行为:

(一) 散布有损国家声誉的言论,参加非法组织,参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动,参加罢工;

(二) 贪污受贿;

(三) 徇私枉法;

(四) 刑讯逼供;

(五) 隐瞒证据或者伪造证据;

(六) 泄露国家秘密或者审判工作秘密;

(七) 滥用职权,侵犯自然人、法人或者其他组织的合法权益;

(八) 玩忽职守,造成错案或者给当事人造成严重损失;

(九) 拖延办案,贻误工作;

(十) 利用职权为自己或者他人谋取私利;

(十一) 从事营利性的经营活动;

(十二) 私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼;

(十三) 其他违法乱纪的行为。

第三十三条 法官有本法第三十二条所列行为之一的,应当给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第三十四条 处分分为:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

受撤职处分的,同时降低工资和等级。

第四十条 法官有下列情形之一的,予以辞退:

(一) 在年度考核中,连续两年确定为不称职的;

(二) 不胜任现职工作,又不接受另行安排的;

(三) 因审判机构调整或者缩减编制员额需要调整工作,本人拒绝合理安排的;

(四) 旷工或者无正当理由逾假不归连续超过十五天,或者一年内累计超过三十天的;

(五) 不履行法官义务,经教育仍不改正的。

### 【关联法条】

#### 《检察官法》

第十一条 下列人员不得担任检察官:

(一) 曾因犯罪受过刑事处罚的;

(二) 曾被开除公职的。

#### 《公证法》

第十八条 担任公证员,应当具备下列条件:

(一) 具有中华人民共和国国籍;



- (二) 年龄二十五周岁以上六十五周岁以下；
- (三) 公道正派，遵纪守法，品行良好；
- (四) 通过国家司法考试；
- (五) 在公证机构实习二年以上或者具有三年以上其他法律职业经历并在公证机构实习一年以上，经考核合格。

### 《法院组织法》

第十一条 各级人民法院设立审判委员会，实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。

地方各级人民法院审判委员会委员，由院长提请本级人民代表大会常务委员会任免；最高人民法院审判委员会委员，由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

各级人民法院审判委员会会议由院长主持，本级人民检察院检察长可以列席。

### 《律师法》

第十九条 成立三年以上并具有二十名以上执业律师的合伙律师事务所，可以设立分所。设立分所，须经拟设立分所所在地的省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门审核。申请设立分所的，依照本法第十八条规定的程序办理。

合伙律师事务所对其分所的债务承担责任。

第四十一条 曾经担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后二年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。

## 法条精解

1. 法官应当约束自己的行为，尤其应当注意的是：法官不得参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动，参加罢工；不得从事营利性的经营活动；不得私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼。

2. 法官有第32条所列行为之一的，应当给予处分；处分的类型分为警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

3. 法官的辞退情形与法官职务的免除情形应当予以区别，注意以下几种情形：

(1) 连续两年的年度考核被确定为不称职的——辞退。

(2) 不接受工作安排、旷工——辞退。

(3) 不履行法官义务，经教育仍不改正——辞退。

(4) 丧失中国国籍——免职。

(5) 经考核确定为不称职的——免职。

(6) 辞职或者被辞退的——免职。

(7) 因违纪、违法犯罪不能继续任职的——免职。

## 《法官职业道德基本准则》

### 重点法条

第三条 法官在审判活动中，除了应当自觉遵守法定回避制度外，如果认为自己审理某案件时可能引起公众对该案件公正裁判产生合理怀疑的，应当提出不宜审理该案件的请求。

### 【关联法条】

### 《法官法》

第十六条 法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得同时担任下列职务：

(一) 同一人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长；

(二) 同一人民法院的院长、副院长和审判员、助理审判员；

(三) 同一审判庭的庭长、副庭长、审判员、助理审判员；

(四) 上下相邻两级人民法院的院长、副院长。



第十七条 法官从人民法院离任后二年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。法官从人民法院离任后,不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

### 《检察官法》

第十九条 检察官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的,不得同时担任下列职务:

- (一) 同一人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员;
- (二) 同一人民检察院的检察长、副检察长和检察员、助理检察员;
- (三) 同一业务部门的检察员、助理检察员;
- (四) 上下相邻两级人民检察院的检察长、副检察长。

第二十条 检察官从人民检察院离任后二年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。检察官从人民检察院离任后,不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。检察官的配偶、子女不得担任该检察官所任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

### 《律师法》

第四十一条 曾担任法官、检察官的律师,从人民法院、人民检察院离任后二年内,不得担任诉讼代理人或者辩护人。

### 《规范法官和律师相互关系的若干规定》

第四条 法官应当严格执行回避制度,如果与本案当事人委托的律师有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系,可能影响案件公正处理的,应当自行申请回避,是否回避由本院院长或者审判委员会决定。

律师因法定事由或者根据相关规定不得担任诉讼代理人或者辩护人的,应当谢绝当事人的委托,或者解除委托代理合同。

## 法条精解

1. 本条及相关法条对法官提出了比两大诉讼法更严格的回避情形,即法官首要遵守诉讼法规定的法定回避制度,而且回避的范围扩大到与本案当事人委托的律师有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系,可能影响案件公正处理的情形,还要遵守本条后半句规定的情形:认为自己审理某案件时可能引起公众对案件公正裁判产生合理怀疑的,应当提出不宜审理该案件的请求。

2. 《法官法》第17条、《检察官法》第20条规定的辩护人与诉讼代理人的执业限制,有三层意义:

(1) 法官(检察官)从人民法院(检察院)离任后2年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或辩护人;

(2) 法官(检察官)从人民法院(检察院)离任后,永远不能担任原任职法院(检察院)办理案件的诉讼代理人或辩护人;

(3) 法官(检察官)的配偶、子女(仅限于此)不得担任该法官(检察官)所任职法院(检察院)办理案件的辩护人或诉讼代理人。

第(2)层和第(3)层意义均是《律师法》没有规定的,需注意。

3. 注意《法官法》第16条、《检察官法》第19条规定的任职回避:

(1) 应当回避的情形:夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系。

(2) 不能同时担任哪些职务。

## 重点法条

第十一条 法官审理案件应当保持中立。

法官在宣判前,不得通过言语、表情或者行为流露自己对裁判结果的观点或者态度。

第十三条 法官应当尊重其他法官对审判职权的独立行使,并做到:

(一) 除非基于履行审判职责或者通过适当的程序,不得对其他法官正在审理的案件发表评论,不得对自己有利害关系的案件提出处理建议和意见;

(二) 不得擅自过问或者干预下级人民法院正在审理的案件;

(三) 不得向上级人民法院就二审案件提出个人的处理建议和意见。







## 【关联法条】

### 《民诉意见》

第一百六十三条 一审宣判后，原审人民法院发现判决有错误，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。

### 《法官职业道德基本准则》

第七条 法官在审判活动中，应当独立思考、自主判断，敢于坚持正确的意见。

## 法条精解

此两条为审判权独立行使的具体规定，法官除履行正常职责或通过适当的程序外：

1. 不得对其他法官正在审理的案件发表评论。
2. 不得对与自己有利害关系的案件提出处理建议和意见。
3. 不得擅自过问或干预下级法官正在审理的案件。
4. 不得向上级法院就二审案件提出个人的处理建议和意见。对此，需注意与《民诉意见》第163条的衔接，该条规定，一审宣判后，原审法院认为判决有错误的，若当事人上诉，原审法院可向二审法院报送判决有错误的意见。

## 真题示例

1. (2005-1-48) 李法官在审理一起二审民事案件中的哪一种做法违反了维护审判独立的原则？

- A. 某市领导电话暗示此案只能判原告胜诉，李法官表示理解，但未作任何承诺，事后也没有采纳这位领导的意见
- B. 就案件中的一个疑难问题，李法官查阅了资料，但对其中几个概念不甚明了，于是就此向某大学教授请教
- C. 本案一审法官张某来访，李法官予以接待并宴请，席间张某就此案发表了个人意见，李法官表示“可以考虑”，并在数日后制作判决书时打电话征求张某意见
- D. 原告上书市人大对本案审理程序提出异议，市人大常委会向法院提出询问，李法官根据院长指示，向市人大提交了一份书面报告，就有关问题作出解释

答案：C。

解析：根据《法官职业道德基本准则》第7条和第13条第3项。

2. (2004-1-96) 下列表述中何者为影响法官内部独立的行为？

- A. 在公开场合对其他法官正在审理的案件的是非曲直发表评论
- B. 私自对下级法院正在审理的案件提出意见，告知其应如何判决
- C. 向其他审判庭的法官咨询，探讨某一案件涉及的法律问题
- D. 庭长要求合议庭对某一案件进行重新合议

答案：AB。

解析：根据《法官职业道德基本准则》第13条。

## 重点法条

第十四条 法官除履行审判职责或者管理职责外，不得探询其他法官承办案件的审理情况和有关信息。

法官不得向当事人或者其代理人、辩护人泄露或者提供有关案件的审理情况、承办案件法官的联系方式和其他有关信息；不得为当事人或者其代理人、辩护人联系和介绍承办案件的法官。

## 法条精解

法官在审判时应保持独立判断，站在一种中立的立场上，只忠于法律和自己的良心，不受任何外在与案件无关的其他因素的影响。法官应该与案件双方的当事人之间保持一种适当的距离，不得向当事人提供各种与案件有关的便利，严格遵守有关任职回避的规定。否则就极有可能导致徇情裁判，造成司法不公，损害司法权威。

## 真题示例

(2003-1-74) 在我国,下列哪些属于法官职业道德规范所禁止的不当行为?

- A. 受当事人之托探询其他法官承办案件的审理情况
- B. 庭长要求某法官汇报案件的审理期限问题
- C. 与案件无涉的法官将当事人的诉讼理由书转交给承办该案件的法官
- D. 法官告知当事人其案件准备提交审判委员会讨

答案: ACD。

解析: 根据《法官职业道德基本准则》第14条规定,选ACD。

## 重点法条

第十五条 法官在审理案件的过程中,应当避免受到新闻媒体和公众舆论的不当影响。

第十六条 法官在公众场合和新闻媒体上,不得发表有损生效裁判的严肃性和权威性的评论。如果认为生效裁判或者审判工作中存在问题的,可以向本院院长报告或者向有关法院反映。

### 【关联法条】

#### 《法官职业道德基本准则》

第四十五条 法官发表文章或者接受媒体采访时,应当保持谨慎的态度,不得针对具体案件和当事人进行不适当的评论,避免因言语不当使公众对司法公正产生合理的怀疑。

## 法条精解

本条规定的是法官与媒体的关系。法官是可以发表评论的,但需要注意:

1. 法官不能发表有损生效裁判的严肃性和权威性的评论。
2. 要在法定期限内尽快地立案、审理、判决,不然很容易受到各种社会片面信息的不当影响。

## 真题示例

(2003-1-80) 法官应当自觉避免到媒体的不当影响。下列哪些行为不利于实现这一目标?

- A. 仔细分析媒体上对案件事实问题发表的评论,并作笔记,而且在形成判决过程中作为参考
- B. 媒体上关于自己负责的案件的相关报导、评论一概不读
- C. 将媒体上关于案件法律问题的研究与评论加以认真研究
- D. 发现媒体的报导有明显失实之处,便在媒体上公开发表言论予以评论

答案: AD。

解析: 《法官职业道德基本准则》第15条。

## 重点法条

第二十四条 法官不得接受当事人及其代理人、辩护人的款待、财物和其他利益。

### 【关联法条】

#### 《法官职业道德基本准则》

第二条 法官在履行职责时,应当忠实于宪法和法律,坚持和维护审判独立的原则,不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉,不受来自法律规定之外的影响。

第八条 法官在审判活动中,不得私自单独会见一方当事人及其代理人。

## 法条精解

我们在司法改革、教学和研究当中所提到的司法独立真正重要的是法官审理案件的独立,即要求法官在个案的审理中要忠于宪法和法律,不受任何机关、团体和个人的干涉,独立地进行案件审理和判断,站在中立的立场上,不偏不倚,法官要认真对待证据和事实,根据法律作出自己的公正判决。

## 真题示例

(2005-1-88) 法官王某的下列哪些行为违反了法官职业道德规范?





- A. 根据领导批条办案，谁的官大就按谁的批示办理
- B. 同学朋友问案，总能仗义地告之案件审理和合议情况
- C. 对双方律师宣称：该吃可以吃、该喝可以喝，案子该怎么办还怎么办
- D. 一方托情相约，在承诺保密的情况下，同意私下单独接触

答案：ABCD。

解析：根据《法官职业道德基本准则》第2条规定，A项应选。根据该准则第14条第2款规定，B项也应选。根据该准则第24条规定，C项应选。根据该准则第8条规定，D项也应选。

### 重点法条

第二十八条 法官不得兼任律师、企事业单位或者个人的法律顾问等职务；不得就未决案件给当事人及其代理人、辩护人提供咨询意见和法律意见。

#### 【关联法条】

##### 《法官法》

第十五条 法官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、检察机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。

##### 《检察官法》

第十八条 检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。

### 法条精解

法官作为司法人员，在案件审理中要行使国家的司法审判权，因而对于兼职问题必须要有所限制，关于兼职，要注意以下两个问题：

1. 法官（检察官）不得兼任律师、企事业单位的职务。
2. 法官（检察官）不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员、行政机关、检察机关（审判机关）的职务。

### 重点法条

第三十二条 法官应当尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严，并做到：

（一）认真、耐心地听取当事人和其他诉讼参与人发表意见；除非因维护法庭秩序和庭审的需要，开庭时不得随意打断或者制止当事人和其他诉讼参与人的发言；

（二）使用规范、准确、文明的语言，不得对当事人或其他诉讼参与人有任何不公的训诫和不恰当的言辞。

第三十三条 法官开庭时应当遵守法庭规则，并监督法庭内所有人员遵守法庭规则，保持法庭的庄严，并做到：

- （一）按照有关规定穿着法官袍或者法官制服、佩带徽章，并保持整洁；
- （二）准时出庭，不缺席、迟到、早退，不随意出进；
- （三）集中精力，专注庭审，不做与审判活动无关的事。

#### 【关联法条】

##### 《法官职业道德基本准则》

第二十六条 法官应当妥善处理个人事务，不得为了获得特殊照顾而有意披露自己的法官身份；不得利用法官的声誉和影响为自己、亲属或者他人谋取私人利益。

### 法条精解

法官是法庭审判的中心，代表司法的形象，所以法官在审理案件的时候要严格遵守法庭上的各种行为规则，注意个人行为规范，只有这样才能显示出国家司法权的权威性和严肃性，维护司法权威，更易于培养公民对司法的信任。这主要表现在两个方面：

1. 法官要尊重当事人和司法诉讼其他参加人的人格尊严，法院不是专政工具，不是“刀把子”，而是中立的公正的纠纷解决者。
2. 法官在法庭上要严格遵守法庭纪律，注意个人形象，这样才能代表司法的权威。

## 真题示例

(2008-1-89) 依据法官职业道德规范, 关于法官行为, 下列哪些评论是正确的?

- A. 徐法官在接待当事人的过程中, 针对当事人对判决书提出的质疑, 以不屑的口吻说: “你一个文盲加法盲, 有什么资格来质问我?” 评论: 徐法官的行为不符合司法礼仪
- B. 蓝法官在开庭调解时, 为营造轻松和谐的气氛, 身着便装, 谈笑风生。评论: 蓝法官的行为违反法庭规则
- C. 周法官在当地出席大学同学私人投资的公司开业典礼, 并在被公开介绍法官身份后登台致贺辞。评论: 周法官的此行为违反了不得以职业、身份、声誉谋取利益的义务
- D. 谢法官正在承办一宗合同纠纷案件。该案被告向谢法官的配偶林某任职的 A 公司表示, 愿将一个工程项目发包给该公司, 条件是让林某任该项目的主管。林某将此事告诉了谢法官, 并提及发包人是该案的被告。谢法官听后未置一词。评论: 谢法官的行为违反了约束家庭成员的义务

答案: ABD。

解析: 根据《法官职业道德基本准则》第 32 条、第 33 条、第 26 条、第 30 条。

## 重点法条

第四十四条 法官可以参加有助于法制建设和司法改革的学术研究和其他社会活动。但是, 这些活动应当以符合法律规定、不妨碍公正司法和维护司法权威、不影响审判工作为前提。

第四十五条 法官发表文章或者接受媒体采访时, 应当保持谨慎的态度, 不得针对具体案件和当事人进行不适当的评论, 避免因言语不当使公众对司法公正产生合理的怀疑。

### 【关联法条】

#### 《法官职业道德基本准则》

第五条 法官不得违背当事人的意愿, 以不正当的手段迫使当事人撤诉或者接受调解。

第十九条 法官应当遵守法律规定的诉讼期限, 在法定期限内尽快地立案、审理、判决。

## 法条精解

法官在案件的审理过程中不但应注意和当事人保持一定的距离, 为了维持案件审判的公正, 法官还要注意和委托的律师的关系。《规范法官和律师相互的若干规定》有以下规定:

1. 法官不得私自单方面会见当事人及其委托的律师。律师不得违反规定单方面会见法官。
2. 法官应当严格执行回避制度, 如果与本案当事人委托的律师有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系, 可能影响案件公正处理的, 应当自行申请回避, 是否回避由本院院长或者审判委员会决定。律师因法定事由或者根据相关规定不得担任诉讼代理人或者辩护人的, 应当谢绝当事人的委托, 或者解除委托代理合同。
3. 法官应当严格执行公开审判制度, 依法告知当事人及其委托的律师本案审判的相关情况, 但是不得泄露审判秘密。律师不得以各种非法手段打听案情, 不得违法误导当事人的诉讼行为。

## 真题示例

1. (2005-1-90) 法官与律师的相互关系应当遵守最高人民法院与司法部制定发布的有关规定, 下列哪些做法违反了相关规定?

- A. 法官开庭时发现一方的律师沈某是其过去的同事, 没有主动回避
- B. 律师裘某约请主办法官童某吃饭, 了解所代理案件的案情
- C. 某律师事务所主办的所刊发表法官彭某的文章
- D. 某律师事务所举办法律实务研讨会, 邀请法官周某出席演讲

答案: AB。

解析: 根据《规范法官和律师相互关系的若干规定》第 4 条的规定, A 项违反了法律的规定, 应选。根据该规定第 3 条、第 5 条规定, B 项也违反了法律的规定, 应选。根据《法官职业道德基本准则》第 44 条、第 45 条的规定, 选项 CD 不违反法律的规定, 不应当选。

2. (2007-1-48) 下列哪些属于法官张某违反法官职业道德规定的情形?

- A. 年底前, 张某要求当事人撤诉, 明年再起诉, 理由是年底不结案就会影响全年结案率



- B. 张某之妻从事律师职业  
C. 张某私下通知当事人王某接受对方的调解意见，否则将败诉  
D. 张某与对方当事人同时出现在某研讨会上

答案：AC。

解析：根据《法官职业道德基本准则》第19条规定，张某要求当事人撤诉明年再起诉，该行为是违反法官职业道德的，A项当选。《法官法》和《法官职业道德基本准则》并不禁止配偶从事律师职业。因此，B项不当选。根据《法官职业道德基本准则》第5条规定，张某私下通知当事人王某接受对方的调解意见，否则将败诉的做法违反法官职业道德，C项当选。根据《法官职业道德基本准则》第44条的规定，D项不当选。

## 《检察官法》

### 重点法条

第二条 检察官是依法行使国家检察权的检察人员，包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员、检察员和助理检察员。

### 法条精解

检察官是国家法律监督人员，概念外延包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员、检察员和助理检察员。

注意检察官包括助理检察员，但是代理检察员不是检察官。

### 重点法条

第八条 检察官应当履行下列义务：

- (一) 严格遵守宪法和法律；
- (二) 履行职责必须以事实为根据，以法律为准绳，秉公执法，不得徇私枉法；
- (三) 维护国家利益、公共利益，维护自然人、法人和其他组织的合法权益；
- (四) 清正廉明，忠于职守，遵守纪律，恪守职业道德；
- (五) 保守国家秘密和检察工作秘密；
- (六) 接受法律监督和人民群众监督。

第十条 担任检察官必须具备下列条件：

- (一) 具有中华人民共和国国籍；
- (二) 年满二十三岁；
- (三) 拥护中华人民共和国宪法；
- (四) 有良好的政治、业务素质和良好的品行；
- (五) 身体健康；

(六) 高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满二年，其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官，应当从事法律工作满三年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满一年，其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官，应当从事法律工作满二年。

本法施行前的检察人员不具备前款第六项规定的条件的，应当接受培训，具体办法由最高人民检察院制定。

适用第一款第六项规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民检察院审核确定，在一定期限内，可以将担任检察官的学历条件放宽为高等院校法律专业专科毕业。

第十一条 下列人员不得担任检察官：

- (一) 曾因犯罪受过刑事处罚的；
- (二) 曾被开除公职的。

第十二条 检察官职务的任免，依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。





最高人民检察院检察长由全国人民代表大会选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由最高人民检察院检察长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

地方各级人民检察院检察长由地方各级人民代表大会选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由本院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

地方各级人民检察院检察长的任免，须报上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。

在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的人民检察院分院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员由省、自治区、直辖市人民检察院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

人民检察院的助理检察员由本院检察长任免。

军事检察院等专门人民检察院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员的任免办法，由全国人民代表大会常务委员会另行规定。

### 【关联法条】

#### 《法官法》

第七条 法官应当履行下列义务：

- (一) 严格遵守宪法和法律；
- (二) 审判案件必须以事实为根据，以法律为准绳，秉公办案，不得徇私枉法；
- (三) 依法保障诉讼参与人的诉讼权利；
- (四) 维护国家利益、公共利益，维护自然人、法人和其他组织的合法权益；
- (五) 清正廉明，忠于职守，遵守纪律，恪守职业道德；
- (六) 保守国家秘密和审判工作秘密；
- (七) 接受法律监督和人民群众监督。

### 法条精解

检察官的任免与法官的任免有不少共同之处。检察官与法官的任职的积极条件和消极条件、应当依法提请免除法官、检察官职务的情形基本一致，参照法条掌握即可。为方便记忆，对两者任职的学历条件作一归纳总结。

法官（检察官）学历条件省级及最高法（检）本科+3年法律工作经验硕士、博士+2年法律工作经验其他级别法院、检察院本科+2年法律工作经验硕士、博士+1年法律工作经验检察官职务的任免机关和程序与法官有所不同，注意区别：

1. 检察官选举罢免机关：最高人民检察院检察长——全国人大；副检察长、检委会委员、检察员——全国人大常委会；地方各级人民检察院检察长——地方各级人大。

2. 地方各级人民检察院检察长的任免，须报上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。副检察长、检委会委员、检察员本院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免；人民检察院分院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员由省、自治区、直辖市人民检察院检察长提请本级人大常委会任免；助理检察员由本院检察长军事检察院等专门检察院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员由全国人大常委会另行规定。对于不具备条件或者违反法定程序被选举为人民检察院检察长的，上一级人民检察院检察长有权提请该级人民代表大会常务委员会不批准。

对于违反本法规定的条件任命检察官的，一经发现，做出该项任命的机关应当撤销该项任命；上级人民检察院发现下级人民检察院检察官的任命有违反本法规定的条件的，应当责令下级人民检察院依法撤销该项任命，或者要求下级人民检察院依法提请同级人民代表大会常务委员会撤销该项任命。

最高人民检察院和省、自治区、直辖市人民检察院检察长可以建议本级人民代表大会常务委员会撤换下级人民检察院检察长、副检察长和检察委员会委员。

### 真题示例

（2003-1-30）主诉检察官陈某办理某单位的一起走私案。此时，他应当遵循的基本要求是下列哪一项？

- A. 兼顾国家利益和单位利益
- B. 充分考虑走私单位职工的经济利益要求



- C. 以事实为根据，以法律为准绳  
D. 综合各方面的意见，权衡利弊

答案：C。

解析：《检察官法》第8条要求检察官，履行职责必须以事实为根据，以法律为准绳，秉公执法，不得徇私枉法，故选C。

## 重点法条

第十四条 检察官有下列情形之一的，应当依法提请免除其职务：

- (一) 丧失中华人民共和国国籍的；
- (二) 调出本检察院的；
- (三) 职务变动不需要保留原职务的；
- (四) 经考核确定为不称职的；
- (五) 因健康原因长期不能履行职务的；
- (六) 退休的；
- (七) 辞职或者被辞退的；
- (八) 因违纪、违法犯罪不能继续任职的。

第十五条 对于不具备本法规定条件或者违反法定程序被选举为人民检察院检察长的，上一级人民检察院检察长有权提请该级人民代表大会常务委员会不批准。

## 法条精解

对检察长的任命，必须由上一级检察长提请该级人大常委会作出批准或不批准的决定。对于违反本法规定的条件任命检察官的，一经发现：

1. 作出该项任命的机关应当撤销该项任命。
2. 上级人民检察院发现下级人民检察院检察官的任命有违反本法规定的条件的：①应当责令下级人民检察院依法撤销该项任命，或者②要求下级人民检察院依法提请同级人民代表大会常务委员会撤销该项任命。

## 重点法条

第十八条 检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。

## 法条精解

对检察官和法官的兼职限制是相同的，两者都不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。但需要注意的是，检察官和法官可以担任党内职务，可以担任人大代表。

## 真题示例

1. (四川 2008 - 1 - 50) 关于司法职业，下列哪一选项是错误的？

- A. 检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师
- B. 担任最高人民法院法官应当从事法律工作满三年
- C. 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人时，侦查机关可以监听
- D. 公证机构不得以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务

答案：C。

解析：根据《检察官法》第18条，A项说法正确。根据《法官法》第9条第6项，B项说法正确。根据《律师法》第33条，C项说法错误。根据《公证法》第13条第3项规定，D项说法正确。



2. (2007-1-87) 根据我国相关法律规定, 为保证检察官的公正与廉洁, 检察官不得兼任下列哪些职务?

- A. 行政机关职务
- B. 审判机关职务
- C. 人民代表大会常务委员会委员
- D. 政协委员

答案: ABC。

解析: 根据《检察官法》第 18 条规定, A、B、C 是正确答案, D 项错误, 检察官兼任政协委员并不为法律所禁止。

### 重点法条

第十九条 检察官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的, 不得同时担任下列职务:

- (一) 同一人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员;
- (二) 同一人民检察院的检察长、副检察长和检察员、助理检察员;
- (三) 同一业务部门的检察员、助理检察员;
- (四) 上下相邻两级人民检察院的检察长、副检察长。

### 法条精解

任职回避的范围: 包括哪些主体, 不能同时担任哪些职务。本考点非常重要, 必须掌握。检察官的任职回避可以与法官的任职回避联系掌握。检察官不得兼任的职务与法官不得兼任的职务一致; 检察官离任后代理诉讼的限制, 其配偶、子女代理案件的限制也相同。检察官之间不得同时担任的职务稍有区别, 这主要是因为检察院与法院的部门设置不同, 但基本精神是一致的。

### 重点法条

第二十条 检察官从人民检察院离任后二年内, 不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

检察官从人民检察院离任后, 不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

检察官的配偶、子女不得担任该检察官所任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

### 法条精解

这里包括三层含义:

- 1. 检察官从人民检察院离职后 2 年内, 不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。
- 2. 检察官从人民检察院离任后永远不能担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。
- 3. 检察官的配偶、子女不得担任该检察官所任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

### 真题示例

1. (2004-1-50) 根据我国检察官法有关任职回避的规定, 下列表述哪一项是不正确的?

- A. 杨某和蒋某系夫妻, 二人不得同时在同一人民检察院担任检察员
- B. 何甲和何乙系姐弟, 二人不得同时在同一人民检察院起诉科担任助理检察员
- C. 检察官袁某从人民检察院离任后 2 年内, 不得担任诉讼代理人或者辩护人
- D. 林某为县人民检察院检察官, 其子小林不得担任该县人民检察院办理案件的辩护人

答案: C。

解析: 本题的出题者为考生设计了一个陷阱。根据《检察官法》第 20 条规定, 检察官离任 2 年内, 可以非律师身份担任诉讼代理人或辩护人。故 C 项表述不正确。

2. (2002-1-29) 下列说法, 哪个是正确的?

- A. 检察官从人民检察院离任后, 不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人
- B. 检察官从人民检察院离任后, 不得在原任职的地区担任诉讼代理人或者辩护人
- C. 检察官从人民检察院离任后, 不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人
- D. 检察官从人民检察院离任后, 其配偶、子女不得担任该检察官原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人

答案: C。



解析：根据《检察官法》第20条规定，A不选，B不选，D不选，C正确，当选。

## 重点法条

第三十五条 检察官不得有下列行为：

- (一) 散布有损国家声誉的言论，参加非法组织，参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动，参加罢工；
- (二) 贪污受贿；
- (三) 徇私枉法；
- (四) 刑讯逼供；
- (五) 隐瞒证据或者伪造证据；
- (六) 泄露国家秘密或者检察工作秘密；
- (七) 滥用职权，侵犯自然人、法人或者其他组织的合法权益；
- (八) 玩忽职守，造成错案或者给当事人造成严重损失；
- (九) 拖延办案，贻误工作；
- (十) 利用职权为自己或者他人谋取私利；
- (十一) 从事营利性的经营活动；
- (十二) 私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼；
- (十三) 其他违法乱纪的行为。

第三十六条 检察官有本法第三十五条所列行为之一的，应当给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十七条 处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

受撤职处分的，同时降低工资和等级。

第四十二条 检察官要求辞职，应当由本人提出书面申请，依照法律规定的程序免除其职务。

第四十三条 检察官有下列情形之一的，予以辞退：

- (一) 在年度考核中，连续两年确定为不称职的；
- (二) 不胜任现职工作，又不接受另行安排的；
- (三) 因检察机关调整或者缩减编制员额需要调整工作，本人拒绝合理安排的；
- (四) 旷工或者无正当理由逾假不归连续超过十五天，或者一年内累计超过三十天的；
- (五) 不履行检察官义务，经教育仍不改正的。

## 法条精解

1. 检察官应当约束自己的行为，尤其应当注意的是：检察官不得参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动，参加罢工；不得从事营利性的经营活动；不得私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼。

2. 检察官有第35条所列行为之一的，应当给予处分；处分的类型分为警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

3. 检察官的辞退情形与检察官职务的免除情形应当予以区别，注意以下几种情形：

- (1) 连续两年的年度考核被确定为不称职的——辞退。
- (2) 不接受工作安排、旷工——辞退。
- (3) 不履行检察官义务，经教育仍不改正——辞退。
- (4) 丧失中国国籍——免职。
- (5) 经考核确定为不称职的——免职。
- (6) 辞职或者被辞退的——免职。
- (7) 因违纪、违法犯罪不能继续任职的——免职。

## 真题示例

(2004-1-80) 检察官徐某因泄露国家秘密构成犯罪而被追诉。下列关于徐某纪律责任的说法哪些是正确的？

- A. 无论徐某主观上是否出于故意，只要被判处3年以上有期徒刑，即应予开除



- B. 如果徐某主观上出于故意，被判处3年以下有期徒刑或者判处管制拘役，即应予开除  
C. 如果徐某主观上出于过失，被判处3年以下有期徒刑宣告缓刑，不一定予以开除  
D. 如果徐某被依法免于刑事处罚，应予降级或撤职处分

答案：ABCD。

解析：根据《检察官法》第20条、第35条、第36条。

## 《律师法》

### 重点法条

第七条 申请人有下列情形之一的，不予颁发律师执业证书：

- (一) 无民事行为能力或者限制民事行为能力的；
- (二) 受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外；
- (三) 被开除公职或者被吊销律师执业证书的。

### 法条精解

1. 一般而言，通过统一司法考试是成为律师的必要条件，但是具有高等院校本科以上学历，在法律服务人员紧缺领域从事专业工作满15年，具有高级职称或者同等专业水平并具有相应的专业法律知识的人员，申请专职律师执业的，经国务院司法行政部门考核合格，也可以准予执业。具体办法由国务院规定。

2. 但即使通过了统一司法考试，也不一定能够获准执业，不予颁发律师执业证书的法定情形包括三种：

(1) 无民事行为能力或者限制民事行为能力的。

(2) 受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外：因犯罪而不颁发执业证书的仅限于故意犯罪而不包括过失犯罪，这里只有犯罪性质的要求，而没有犯罪轻重程度和刑种性质的限制，也没有刑满后一定期限的限制，即只要受过刑事处罚（过失犯罪除外）的，终生不能从事律师工作。

(3) 被开除公职或者被吊销律师执业证书的。

只要申请人具有上述三种情形之一的，就不能获得律师执业证书。

### 重点法条

第十条 律师只能在一个律师事务所执业。律师变更执业机构的，应当申请换发律师执业证书。

律师执业不受地域限制。

第十一条 公务员不得兼任执业律师。

律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的，任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。

第十二条 高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作的人员，符合本法第五条规定条件的，经所在单位同意，依照本法第六条规定的程序，可以申请兼职律师执业。

第十三条 没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务业务；除法律另有规定外，不得从事诉讼代理或者辩护业务。

### 【关联法条】

#### 《律师执业行为规范（试行）》

第十四条 律师不得在两个或两个以上律师事务所执业。同时在一个律师事务所和一个其他法律服务机构执业的视同在两个律师事务所执业。因涉及专业领域问题而邀请另一律师事务所参与办理，且该律师所在的律师事务所与被邀请的律师事务所之间以书面形式约定法律后果由前者承担并告知委托人，不违背上述规定。

### 法条精解

律师执业的限制性规定牵涉多个法条，此处作一总结：

1. 律师只能在一个律师事务所执业，但因涉及专业领域问题而邀请另一律师事务所参与办理，该律师所在的律师事务所与被邀请的律师事务所之间以书面形式约定法律后果由前者承担并告知委托人的除外。律师变更执业机构的，应当申请换发律师执业证书。但律师执业不受地域限制。







2. 公务员不得兼任执业律师。律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的，任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。

3. 没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务业务；除法律另有规定外，不得从事诉讼代理或者辩护业务。

### 真题示例

（四川 2008 - 1 - 49）下列哪一种情况不违反《律师法》的规定？

- A. 甲律师原在深圳某律师事务所执业，迁居后转入北京某律师事务所，同时仍在深圳某律师事务所执业
- B. 大学教授乙在学校不知道的情况下，申请兼职律师执业并要求受理机关保密
- C. 丙律师在担任市人大常委会委员期间，代理了一起为农民工追讨工资的诉讼
- D. 丁先生法律本科毕业后，尚未取得律师执业证书，在一家律师事务所参与非诉讼法律事务

答案：D。

解析：根据《律师法》第 10 条第 1 款规定，甲同时在两个律师事务所执业的行为是违反《律师法》的规定的，A 不选。根据《律师法》第 12 条规定，乙申请兼职律师执业需要得到所在单位的同意，乙故意隐瞒所在单位且要求受理机关保密的行为违反《律师法》的规定，B 不选。根据《律师法》第 11 条第 2 款规定，丙的行为违法《律师法》的规定，C 不选。根据《律师法》第 13 条规定，丁虽然未取得律师职业证书，但是，他并没有以律师名义从事法律服务，也没有以律师名义代理诉讼或辩护业务，而仅是参与一些非诉法律事务，此种行为不违反《律师法》的规定，应选 D。

### 重点法条

第十五条 设立合伙律师事务所，除应当符合本法第十四条规定的条件外，还应当有三名以上合伙人，设立人应当是具有三年以上执业经历的律师。

合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任。

第十六条 设立个人律师事务所，除应当符合本法第十四条规定的条件外，设立人还应当是具有五年以上执业经历的律师。设立人对律师事务所的债务承担无限责任。

第十九条 成立三年以上并具有二十以上执业律师的合伙律师事务所，可以设立分所。设立分所须经拟设立分所所在地的省、自治区、直辖市的人民政府司法行政部门审核。申请设立分所的依照本法第十八条规定的程序办理。

合伙律师事务所对其分所的债务承担责任。

第二十条 国家出资设立的律师事务所，依法自主开展律师业务，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。

第二十一条 律师事务所变更名称、负责人、章程、合伙协议的，应当报原审核部门批准。

第五十三条 受到六个月以上停止执业处罚的律师，处罚期满未逾三年的，不得担任合伙人。

第五十四条 律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。

#### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第五十条 一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

第五十八条 合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

### 法条精解

1. 根据新《律师法》的规定，律师事务所分为三种组织形式：合伙所、个人所、国资所。设立律师事务所，应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请。注意修改后的《律师法》取消了合作所的形式。

2. 不同组织形式的律师事务所，责任方式可能有所不同：国家出资设立的以该律师事务所的全部资产

对其债务承担责任，而合伙型律师事务所则是合伙人对该律师事务所的债务根据合伙的形式承担责任（参见《合伙企业法》普通合伙和特殊的普通合伙的规定）。个人所的设立人对律师事务所的债务依法承担责任。

3. 合伙所的合伙人应当是具有3年以上执业经历的律师。个人所的设立人应当是具有5年以上执业经历的律师。

4. 设立分所的条件：①成立3年以上；②具有20名以上执业律师的合伙律师事务所；③经拟设立分所所在地的省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门审核。

5. 责任承担方式：先由律师事务所承担，如果律师有故意或者重大过失行为的，律师事务所可以向其追偿。

### 真题示例

（2008-1-48）根据我国《律师法》的规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 律师事务所变更名称、负责人、章程、合伙协议的，应当报原审核部门备案
- B. 律师服务机构一般采用公司形式，但在经济社会发展欠发达地区仍可保留少数合作制律师事务所
- C. 个人律师事务所实行无限责任，因此在成立条件上比合伙律师事务所要宽松
- D. 律师事务所采用特殊的普通合伙形式的，当个别合伙人因故意或重大过失造成对外债务时，其他合伙人不承担对外责任

答案：D。

解析：根据《律师法》第21条的规定可知A是错误的。根据《律师法》第15条第2款的规定可知B是错误的。根据《律师法》第16条的规定可知C项是错误的。根据《合伙企业法》第50条第1款、第58条的规定，D项的说法是正确的。

### 重点法条

第三十三条 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听。

第三十四条 受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。

第三十五条 受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。

律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

第三十七条 律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。

律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。

律师在参与诉讼活动中因涉嫌犯罪被依法拘留、逮捕的，拘留、逮捕机关应当在拘留、逮捕实施后的二十四小时内通知该律师的家属、所在的律师事务所以及所属的律师协会。

### 法条精解

以上法条规定了律师的权利和有关保护措施，与《刑事诉讼法》基本相同，但比《刑事诉讼法》做了更大胆的规定。

1. 律师权利主要包括：

（1）犯罪嫌疑人在侦查阶段的，若律师介入，需要凭借的文书是：律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函（俗称“三证”）。律师会见犯罪嫌疑人、被告人不被监听是本法修订的重大成果。

（2）申请调查取证的权利。受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。

（3）拒绝辩护或代理的权利。委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。

（4）查阅、摘抄、复制案件材料的权利。注意审查起诉阶段和审理阶段，律师有权查阅、摘抄和复制





的材料范围不同：①自案件审查起诉之日起，律师有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。②自案件被人民法院受理之日起，律师有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。

(5) 律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。

(6) 律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。

2. 第37条第3款的情形限于律师在参与诉讼活动中涉嫌犯罪的情形，通知的对象包括该律师的家属、所在的律师事务所以及所属的律师协会。

### 真题示例

(2006-1-49) 根据律师法、刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法的规定，我国律师在执业过程中享有11个方面的权利。下列哪种权利在这些法律中没有明确规定？

- A. 同犯罪嫌疑人、被告人通信的权利
- B. 提出新证据的权利
- C. 执业活动中人身权利不受侵犯的权利
- D. 要求法官签发调查令的权利

答案：D。

解析：根据《律师法》第33条、第34条、第35条、第37条第1款，《刑事诉讼法》第36条、第37条、第75条、第96条，《民事诉讼法》第61条，D项中的法官签发调查令是我国法律没有规定的，因此应选。

### 重点法条

第三十八条 律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。

律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他人准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。

第三十九条 律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。

第四十条 律师在执业活动中不得有下列行为：

- (一) 私自接受委托、收取费用，接受委托人的财物或者其他利益；
- (二) 利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益；
- (三) 接受对方当事人的财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人的权益；
- (四) 违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员；
- (五) 向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿，或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件；
- (六) 故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据；
- (七) 煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议；
- (八) 扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。

#### 【关联法条】

##### 《律师法》

第二十七条 律师事务所不得从事法律服务以外的经营活动。

##### 《律师执业行为规范（试行）》

第五十六条 律师事务所、律师及其辅助人员不得泄露委托人的商业秘密、隐私，以及通过办理委托人的法律事务所了解的委托人的其他信息。但是律师认为保密可能会导致无法及时阻止发生人身伤亡等严重犯罪及可能导致国家利益受到严重损害的除外。

第七十三条 除依照相关规定收取法律服务费用之外，律师不得与委托人争议的权益产生经济上的联系，不得与委托人约定胜诉后将争议标的物出售给自己，不得委托他人為自己或为自己的亲属收购、租赁委托人与他人发生争议的诉讼标的物。

第七十七条 在接受委托之前，律师及其所属律师事务所应当进行利益冲突查证。只有在委托人之间没有利益冲突的情形下才可以建立委托代理关系。

第七十八条 拟接受委托人委托的律师已经明知诉讼相对方或利益冲突方已委聘的律师是自己的近亲属或其他利害关系人的，应当予以回避，但双方委托人签发豁免函的除外。

第七十九条 律师在接受委托后知道诉讼相对方或利益冲突方委聘的律师是自己的近亲属或其他利害关系人，应及时将这种关系明确告诉委托人。委托人提出异议的，律师应当予以回避。

第八十条 律师在接受委托后知道诉讼相对方或利益冲突方已委聘同一律师事务所其他律师的，应由双方律师协商解除一方的委托关系，协商不成的，应与后签订委托合同的一方或尚没有支付律师费的一方解除委托关系。

第八十一条 曾经在上一法律事务中代理一方法律事务的律师，即使在解除或终止代理关系后，亦不能再接受与前任委托人具有利益冲突的相对方委托，办理相同法律事务，除非前任委托人做出书面同意。

第八十二条 曾经在上一法律事务中代理一方法律事务的律师，不得在以后相同或相似法律事务中运用来自该前一法律事务中不利前任委托人的相关信息，除非经该前任委托人许可，或有足够证据证明这些信息已为人所共知。

第八十九条 律师在接受委托后出现突患疾病、工作调动等情况，需要更换律师的，应当及时告知委托人。委托人同意更换律师的，律师之间要及时移交材料，并通过律师事务所办理相关手续。

第九十八条 律师不得私自收案、收费。委托人所支付的费用应当直接交付律师所在的律师事务所，律师不得直接向委托人收取费用。委托人委托律师代交费用的，律师应将代收的费用及时交付律师事务所。

第一百一十条 出现下列情况时，律师可以拒绝辩护、代理：

- (一) 委托人利用律师提供的法律服务从事犯罪活动的；
- (二) 委托人坚持追求律师认为无法实现的或不合理的目标的；
- (三) 委托人在相当程度上没有履行委托合同义务，并且已经合理催告的；
- (四) 在事先无法预见的前提下，律师向委托人提供法律服务将会给律师带来不合理的费用负担，或给律师造成难以承受的、不合理的困难的；
- (五) 委托人提供的证据材料不具有客观真实性、关联性与合法性，或经司法机关审查认为存在伪证嫌疑的；
- (六) 其他合法的缘由。

第一百四十四条 律师和律师事务所在与委托人及其他人员接触中，不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争：

- (一) 故意诋毁、诽谤其他律师或律师事务所信誉、声誉；
- (二) 无正当理由，以在同行业收费水平以下收费为条件吸引客户，或采用承诺给予客户、中介人、推荐人回扣，馈赠金钱、财物方式争揽业务；
- (三) 故意在委托人与其代理律师之间制造纠纷；
- (四) 向委托人明示或暗示律师或律师事务所与司法机关、政府机关、社会团体及其工作人员具有特殊关系，排斥其他律师或律师事务所；
- (五) 就法律服务结果或司法诉讼的结果做出任何没有事实及法律根据的承诺；
- (六) 明示或暗示可以帮助委托人达到不正当目的，或以不正当的方式、手段达到委托人的目的。

第一百五十三条 律师不得威胁、利诱他人提供虚假证据；不得利用他人的隐私及违法行为，胁迫他人提供与实际情况不符的证据材料；不得利用物质或各种非物质利益引诱他人提供虚假证据。

第一百六十二条 律师不得在公共场合或向传媒散布、提供与司法人员及仲裁人员的任职资格和品行有关的轻率言论。

第一百六十三条 在诉讼或仲裁案件终审前，承办律师不得通过传媒或在公开场合发布任何可能被合理地认为损害司法公正的言论。

第一百六十六条 律师在执业过程中，因对事实真假、证据真伪及法律适用是否正确而与诉讼相对方意见不一的，或为了向案件承办人提交新证据的，可以与案件承办人在司法机关内指定场所接触和交换意见。

## 法条精解

以上法条规定了律师的执业义务，《律师执业行为规范》则作了更细致的规定，复习这些法条的方法是首先深入理解《律师法》的规定，然后熟悉《律师执业行为规范》的规定，总的来说，律师的执业义务可归结为：

1. 接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。







2. 保守国家秘密、商业秘密、当事人隐私以及在执业中知悉的委托人或者其他人不愿泄露的情况或信息。
3. 律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。同一律师事务所也不得代理诉讼案件的双方当事人，偏远地区只有一家律师事务所的除外。
4. 律师不得私自接受委托、收取费用，接受委托人的财物或者其他利益。
5. 律师不得利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益。
6. 律师不得接受对方当事人的财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人的权益。

7. 律师不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员。
8. 律师不得向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿，或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件。
9. 律师不得故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据。
10. 律师不得煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议。
11. 律师不得扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。

其中的重点和难点在于律师的保密义务，一定要注意的，律师的保密义务不仅限于国家秘密、商业秘密、个人隐私，而且对于委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，律师也应当保密。保密的例外情形仅有：委托人或者其他准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息。言下之意，对于在执业活动中获悉的委托人或者其他已经实施完毕、后果已经发生的犯罪事实，律师也负有保密义务。

## 重点法条

第四十九条 律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业六个月以上一年以下的处罚，可以处五万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件的；

（二）向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿、介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的；

（三）向司法行政部门提供虚假材料或者有关其他弄虚作假行为的；

（四）故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的；

（五）接受对方当事人财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人串通，侵害委托人权益的；

（六）扰乱法庭、仲裁庭秩序、干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的；

（七）煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议的；

（八）发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的；

（九）泄露国家秘密的。

律师因故意犯罪受到刑事处罚的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书。

第五十五条 没有取得律师执业证书的人员以律师名义从事法律服务业务的，由所在地的县级以上地方人民政府司法行政部门责令停止非法执业，没收违法所得，处违法所得一倍以上五倍以下的罚款。

## 法条精解

以上法条需要特别注意的是处罚机关：

1. 首先要区分是律师（以及律师事务所）违法还是非律师以律师名义从事法律服务。

2. 对于律师、律师事务所违法的，警告、罚款、没收违法所得，停止执业（停业整顿）均由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门作出，吊销执业证书则由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。

3. 非律师以律师名义从事法律服务的，由所在地的县级以上地方人民政府司法行政部门作出处罚即可。

## 《公证法》

## 重点法条

第二条 公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有



法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。

第六条 公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。

### 法条精解

1. 公证的含义，公证的主体是公证人和当事人，客体包括民事法律行为、法律事实（如婚姻状况、亲属关系等）以及法律文书（如毕业证、学位证、结婚证、公司章程）的真实性与合法性。
2. 公证机构的性质不以营利为目的，是依法独立行使公证职能、承担民事责任的法定的证明机构。

### 重点法条

第十八条 担任公证员，应当具备下列条件：

- （一）具有中华人民共和国国籍；
- （二）年龄二十五周岁以上六十五周岁以下；
- （三）公道正派，遵纪守法，品行良好；
- （四）通过国家司法考试；

（五）在公证机构实习二年以上或者具有三年以上其他法律职业经历并在公证机构实习一年以上，经考核合格。

第二十条 有下列情形之一的，不得担任公证员：

- （一）无民事行为能力或者限制民事行为能力的；
- （二）因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的；
- （三）被开除公职的；
- （四）被吊销执业证书的。

第二十三条 公证员不得有下列行为：

- （一）同时在二个以上公证机构执业；
- （二）从事有报酬的其他职业；
- （三）为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证；
- （四）私自出具公证书；
- （五）为不真实、不合法的事项出具公证书；
- （六）侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品；
- （七）毁损、篡改公证文书或者公证档案；
- （八）泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私；
- （九）法律、法规、国务院司法行政部门规定禁止的其他行为。

第二十四条 公证员有下列情形之一的，由所在地的司法行政部门报省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门提请国务院司法行政部门予以免职：

- （一）丧失中华人民共和国国籍的；
- （二）年满六十五周岁或者因健康原因不能继续履行职务的；
- （三）自愿辞去公证员职务的；
- （四）被吊销公证员执业证书的。

### 法条精解

1. 第18条是公证员任职的积极条件，第20条是消极条件。
2. 第23条规定了对公证员行为的限制。
3. 第24条规定了法定的免除公证员职务的条件，共四种，满足其一即应免职，注意报请免职机关是公证员所在地的司法行政部门，提请机关是省级司法行政部门，决定机关是国务院司法行政部门（司法部）。

### 重点法条

第二十五条 自然人、法人或者其他组织申请办理公证，可以向住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构提出。



申请办理涉及不动产的公证，应当向不动产所在地的公证机构提出；申请办理涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证，可以适用前款规定。

第二十六条 自然人、法人或者其他组织可以委托他人办理公证，但遗嘱、生存、收养关系等应当由本人办理公证的除外。

## 法条精解

1. 公证的管辖：①一般管辖：住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地。②专属管辖：涉及不动产的公证，应当向不动产所在地的公证机构提出。

2. 委托公证是允许的，但要注意遗嘱、生存、收养关系等应当由本人办理公证的事项不得委托他人代理。

## 重点法条

第三十六条 经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书，应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻该项公证的除外。

第三十七条 对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书，债务人不履行或者履行不适当的，债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。

前款规定的债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机构。

第三十九条 当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的，公证机构应当撤销该公证书并予以公告，该公证书自始无效；公证书有其他错误的，公证机构应当予以更正。

第四十条 当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的，可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第二百一十八条第1款 对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

#### 《公证程序规则》

第六十一条 当事人认为公证书有错误的，可以在收到公证书之日起一年内，向出具该公证书的公证机构提出复查。

公证事项的利害关系人认为公证书有错误的，可以自知道或者应当知道该项公证之日起一年内向出具该公证书的公证机构提出复查，但能证明自己不知道的除外。提出复查的期限自公证书出具之日起最长不得超过二十年。

复查申请应当以书面形式提出，载明申请人认为公证书存在的错误及其理由，提出撤销或者更正公证书的具体要求，并提供相关证明材料。

## 法条精解

1. 公证的效力：①证据效力：公证事项在诉讼中是免证事实，除非有相反证据足以推翻该项公证。②公证债权文书具有强制执行效力，债权人可以直接依据公证债权文书向法院申请执行。③法律行为成立要件效力。

### 2. 公证的救济：

(1) 当事人、利害关系人认为公证书错误的，可以自知道或者应当知道该项公证之日起1年内向出具该公证书的公证机构申请复查，如查明确有错误，公证机构应当撤销或更正公证书。

(2) 当事人、利害关系人对公证书的内容有争议的，可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。

## 重点法条

第四十一条 公证机构及其公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门给予警告；情节严重的，对公证机构处一万元以上五万元以下罚款，对公证员处一千元以上五千元以下罚款，并可以给予三个月以上六个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得：



- (一) 以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务的；
- (二) 违反规定的收费标准收取公证费的；
- (三) 同时在二个以上公证机构执业的；
- (四) 从事有报酬的其他职业的；
- (五) 为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证的；
- (六) 依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

#### 【关联法条】

#### 《公证法》

第四十二条 公证机构及其公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门对公证机构给予警告，并处二万元以上十万元以下罚款，并可以给予一个月以上三个月以下停业整顿的处罚；对公证员给予警告，并处二千元以上一万元以下罚款，并可以给予三个月以上十二个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市、直辖市人民政府司法行政部门吊销公证员执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 私自出具公证书的；
- (二) 为不真实、不合法的事项出具公证书的；
- (三) 侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的；
- (四) 毁损、篡改公证文书或者公证档案的；
- (五) 泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；
- (六) 依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

因故意犯罪或者职务过失犯罪受刑事处罚的，应当吊销公证员执业证书。

第四十三条 公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，由公证机构承担相应的赔偿责任；公证机构赔偿后，可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。

#### 法条精解

1. 公证员的纪律处分：是指公证员协会对公证员违反执业纪律和职业道德规范的行为所给予的处分，共有六种，即警告、严重警告、罚款、记过、暂停会员资格、取消会员资格。
2. 公证机构及其公证员的过错行为给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，要承担民事责任。
  - (1) 承担方式是赔偿损失，不包括停止侵害、排除妨害、消除危险、赔礼道歉等其他民事责任方式。
  - (2) 承担民事责任的顺序是首先由公证机构承担，如果公证员有故意或者重大过失，公证机构可以向其追偿。
3. 公证机构及其公证员因职业行为构成犯罪的，应当追究其刑事责任。
4. 公证机构和公证员违反有关公证管理的法律、法规和规章的，司法行政部门有权给予行政处罚，对公证机构的行政处罚分为警告、罚款、没收违法所得、停业整顿四种；对公证员的行政处罚分为警告、罚款、停止执业、没收违法所得、吊销执业证书五种。公证员因故意犯罪或者职务过失犯罪受刑事处罚的，司法行政机关应当吊销其公证员执业证书。

#### 真题示例

(2006-1-96) 关于法律从业人员的职业道德和职业责任，甲、乙、丙、丁四人的下列何种说法是正确的？

- A. 甲说，依我的意见，律师做广告、乱许诺、高收费、搞风险代理、不敬业尽职、挖墙脚争案源的，都应开除出律师队伍，情节恶劣的要严打
- B. 乙说，法官就应该深居简出，高薪高福利，终身任职，任凭自己内心确信去独立判案
- C. 丙说，新的《公证法》对私自出证、出假证、篡改公证书和泄露当事人商业秘密或隐私的，处罚很重，对公证处罚款可高到 10 万元，还可以没收违法所得，还可以吊销公证员执照，有的还可追究刑事责任
- D. 丁说，对法律职业人员来说，总的要求就是忠实于事实，忠实于法律

答案：CD。

解析：此题综合性较强，参见相关法条精解及《公证员职业道德标准》，注意公证员职业道德的内容包括：忠于事实、忠于法律、爱岗敬业、规范服务、加强修养、提高素质、清正廉洁、同业互助。



# 第五章 刑法



## 导 论

《刑法》是司考的重头戏，从历年真题来看，《刑法》稳定地保持在80~100这样一个分值范围，其中客观题在60分左右，主观题（案例或文书）占25分左右，2008年《刑法》考了103分，其中客观题占了58分，主观题占了45分；2009年《刑法》考了80分，其中单选20分，多选和不定项选考察了38分，案例分析题22分，所占分值与往年比较处于平均水平。

从结构上看，《刑法》分为总则和分则两大板块，体系脉络十分清晰，分值基本相当，但2009年总则分值大幅下降，就客观题部分而言，总则只考察了17分，而分则考察了41分。2009年度总则分值大幅下降可能是因为回避三要件与四要件的体系分歧，不代表2010年考试的趋向，因此对于总则基本的知识点仍应当同样重视。就总则而言，几乎每个章节都是考试重点，而如果考虑到作答《刑法》分则部分的试题时刻也离不开《刑法》总则部分的规定这一事实，总则在《刑法》应试中的重要性是不能用考分多少来形容的。总则部分的试题以精细著称，在复习时对要点务必吃透，熟练记忆。而分则条文虽多，内容虽杂，但重者恒重，因此考生完全不必恐慌于庞大的知识量，本书已将分则重点条文完全归纳，并作详尽分析。若按历年真题分值统计进行排列，分则部分的重点依照降序依次是：①侵犯财产罪；②侵犯公民人身权利、民主权利罪；③贪污贿赂罪；④危害公共安全罪；⑤妨害社会管理秩序罪；⑥破坏社会主义经济秩序罪；⑦渎职罪。

从宏观上看，司考中《刑法》考查有如下特点和偏好：

1. 注意总则的灵活适用。《刑法》题目对应用相关法条解决具体问题的能力要求极高。考生不能停留在识记层次，务必深入透彻地掌握本书所列之重点法条，弄清在背后支撑法条的刑法理论，以不变应万变，方能获得高分。

2. 重者恒重。《刑法》内容虽然庞杂，但一些知识点基本每年都考，这些常考的点就是重点，如总则中的不作为犯、故意犯罪的认识错误、排除犯罪的事由、共同犯罪（尤其是部分犯罪共同说）、罪数、数罪并罚、缓刑和假释等，分则中的侵犯财产、侵犯人身权利、破坏金融秩序、贪污贿赂这些罪名。

3. 十分注意分则特例的考察，分则考试在历年重点罪名考察的同时，注意掌握罪名间的特别规定和各个相近罪名间的异同，在熟练掌握总则的基础之上，重点把握分则各个罪名的特殊之处。

从2009年司考来看，《刑法》的考查又有这些新的动向：

1. 最近几年来，《刑法》出题比较中规中矩，在保持适当难度的同时，没有刻意地苛责考生，考生只要对基本知识点加以熟练掌握，就会做到任尔东西南北风，我自胜券在握、闲庭信步，只要能够熟练掌握刑法的基本知识点，就足以拿够试卷中六成乃至七成以上的分数，确保考试过关。

2. 适当涉及最新刑事立法。应该说在历年司考中《刑法》并不重视对最新立法的考查，这和其他部门法的考试规律有所不同，不过2009年《刑法》试题对最新的《刑法修正案（七）》却颇多关注。考查了修正案（七）中新增的非法经营、偷税规定及洗钱罪、组织卖淫罪对象多项新修正内容。这可能是预示《刑法》以后也会更多关注最新立法、司法解释。

3. 一家之言向通说转变。前几年的刑法命题者的个人观点比较明显，《刑法》题目争议较多。然而，2009年的试题对争议问题有所回避，通说成为重点，更注重对考生刑法基本素养的检验，当然也间接降低了《刑法》试题的难度。

本部分的特色可以归纳为：①紧跟大纲及真题中反映出来的命题新动向、最新刑事立法，涉及的司法解释多达70多个（当然还是精挑细选后的结果），力求全面、准确；②根据上述《刑法》考查特点和新动向，对已经不宜作为“重点”的法条摒弃之，对“重点”以及以前不是“重点”但已成为最新命题动向的法条，编列为“重点法条”并精析之。

## 重点法条

第三条 法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第四条 对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。

第五条 刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。

## 法条精解

1. 罪刑法定原则，其要求主要是：

(1) 法律主义（成文法主义）：规定犯罪与刑罚的法律只能是立法机关制定的法律，故行政法规不能制定刑法；规定犯罪与刑罚的法律必须由本国通用的文字表述；习惯法、判例不得作为刑法的渊源。

(2) 禁止事后法：禁止重法（即不利于被告人的）溯及既往。

(3) 禁止有罪类推：形式的侧面要求禁止一切类推，但为了克服形式侧面的缺陷，实现刑法的正义，现在则允许有利于被告人的类推。

(4) 禁止绝对不定期刑：法定刑必须有特定的刑种与刑度。法定刑必须由法律明文规定。如果刑法对某种行为没有规定刑罚，那么，根据“没有法定的刑罚就没有犯罪”的原则，该行为便不是犯罪。

(5) 刑法的明确性：规定犯罪的法律条文必须清楚明确，使人能确切了解违法行为的内容，准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围，以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。

2. 平等适用刑法原则：平等受到刑法的保护，平等的接受刑法的惩罚。

3. 罪刑相适应原则：以犯罪的社会危害性程度，和犯罪主体的人身危险性程度，作为刑罚的尺度。罪刑均衡原则要求刑罚设定的合理体系。罪刑相适应原则既制约量刑，也制约定罪。刑罚的轻重既要与犯罪性质相适应，又要与犯罪情节相适应，还要与犯罪人的人身危险性相适应。

## 真题示例

1. (2006-2-1) 关于罪刑法定原则，下列哪一选项是正确的？

A. 罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义，而习惯最能反映民意，所以，将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则

B. 罪刑法定原则中的“法”不仅包括国家立法机关制定的法，而且包括国家最高行政机关制定的法

C. 罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往，但允许有利于行为人的溯及既往

D. 刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述，只是表述该罪的罪名。这种立法体例违反罪刑法定原则

答案：C。

解析：根据罪刑法定的制定法原则，只有国家最高立法机关才能制定刑法，故 AB 都是错误的；D 选项所说的“刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述，只是表述该罪的罪名”，这其实是简单罪状，如故意杀人罪、伪造货币罪都采取了这种罪状模式，它并不违反罪刑法定原则。故本题的答案为 C。

2. (2004-2-16) 关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？

A. 罪刑法定原则禁止类推解释与扩大解释，但不禁止有利于被告人的类推解释

B. 罪刑法定原则禁止司法机关进行类推解释，但不禁止立法机关进行类推解释

C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法，但不禁止适用有利于行为人的事后法

D. 罪刑法定原则要求刑法规范的明确性，但不排斥规范的构成要件要素（明确性是具体相对性）

答案：C。

解析：原则上罪刑法定原则是禁止类推解释的，故 A 项错误。立法解释与司法解释均不能进行类推解释，故 B 项错误。罪刑法定原则不禁止有利被告人的事后法，如我国刑法就规定了从旧兼从轻原则，故 C





项正确。D项从通说来说也是可以的，本题应选CD，但D项的说法现在学界尚存争议，考虑到是单选题，选C更合适。

## 重点法条

第六条 凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。

犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第十一条 享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。

第九十条 民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。

## 法条精解

### 1. 对属地原则的理解：

(1) 属地原则针对的对象是国内犯，而其他三个原则是针对国外犯罪的，它是处于基础性地位的。

(2) “领域”的含义，既包括领土、也包括领水与领空，关键的是还包括我国领域的自然延伸——即不论何地只要悬挂我国国旗的航空器与船舶，就可以理解为在我国“领域内”；我国驻外使领馆内犯罪的，我国原则上也有管辖权。

(3) 属地原则之“地”既包括行为地也包括结果地，而且二者只要具备其一即可（遍在说）；行为地的行为包括实行行为和预备行为。要特别注意未遂犯的情况下，行为地和行为人希望结果发生地、可能发生结果地，都是犯罪地。在共犯场合，共同犯罪行为有一部分发生在本国领域或者共同犯罪结果有一部分发生在本国领域内，就认为是在本国领域内犯罪。

(4) 属地原则之运用有一个具有实质性的例外，即第11条的规定：对有外交特权或外交豁免权的外国人在我国领域内犯罪的通过外交途径解决而不适用我国刑法。

### 2. 属地管辖原则还有两个派生内容，其一是旗国主义；其二是遍在地原则。这在司法考试中也常有出现。

(1) 旗国主义：中国的船舶和航空器属中国领域，凡在我国船舶或者航空器内犯罪的，均适用我国刑法。根据司法解释，在我国船舶内犯罪的，由犯罪发生后该船舶最初停泊的中国口岸所在地的人民法院管辖；在我国航空器内犯罪，由犯罪发生后该航空器在中国最初降落地的人民法院管辖。

需要注意的是，国际列车不具有与船舶和航空器一样的法律地位。它可以等同为在汽车上的犯罪。这里需要正确理解《最高法院解释》，该解释第10条规定：“在国际列车上的犯罪，按照我国与相关国家签定的有关管辖协定确定管辖。没有协定的，由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。”这绝不能理解为我国刑法对于国际列车上的犯罪一律有管辖权。

在国际列车上的犯罪，如果我国与其他国家签订了条约，应直接根据条约确定管辖，如果没有条约，则应根据刑法关于空间效力的原则，具体问题具体分析。如果是国际列车行驶在中国境内，则可依据属地原则进行管辖；如果国际列车行驶在中国境外，但犯罪人是中国人，则可依据属人原则进行管辖；如果国际列车行驶在中国境外，犯罪人也并非中国人，但被害人是中国或中国人，则可依据保护原则管辖；如果国际列车行驶在中国境外，犯罪人并非中国人，被害人也并非中国或中国人，但犯罪人所实施的犯罪属于国际犯罪，则可根据普遍管辖原则进行管辖。司法解释中所说的“由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖”指的就是上述情况，对于其他的国际列车上的犯罪，我国没有管辖权。

(2) 遍在地主义：犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。对于这里所说的行为或结果都应作扩大理解，行为包括实行行为和非实行行为（共犯行为、未完成行为）、结果包括实际结果以及未遂犯的“可能发生结果之地”，只要其中任何一项在中国境内发生，就属于在中国境内犯罪，从而可以依据属地原则进行管辖。

属地管辖存在例外，因此不能武断地说只要是在中国领域内发生的犯罪，都适用我国刑法。例外包括：①享有外交特权和豁免权的外国人——其刑事责任通过外交途径解决；②中国香港、澳门特别行政



区——只在两种情况下适用本法，这分别是战争状态或紧急状态。

### 真题示例

1. (2007-2-51) 关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为，中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权
- B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入 E 国境内之后，因争抢座位，F 国的汤姆一怒之下杀死了 G 国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法
- C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时，定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约
- D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的，即使按照中国刑法的规定，该罪的最低刑为 3 年以上有期徒刑，也可能不适用中国刑法

答案：ABD。

解析：甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为，属于绑架罪的共犯，根据属地原则的遍在地原则，应视为犯罪行为发生在中国境内，我国有刑事管辖权，A 正确。B 项中，外国人在中国国外对外国人实施的犯罪行为，不符合刑法管辖的属人原则和保护原则，也不属于发生在中国的“船舶或者航空器”上，不适用属地管辖，因此对汤姆的杀人行为不适用中国刑法，B 项正确。国际条约必须转化为国内法适用，C 选项错误。保护管辖原则采取的是绝对重罪管辖，外国人在中国领域外对中国公民犯罪的，即使按照中国刑法的规定，该罪的最低刑为 3 年以上有期徒刑的，也可能不适用中国刑法，D 选项正确。

2. (2005-2-56) 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则？

- A. 外国人乘坐外国民航飞机进入中国领空后实施犯罪行为
- B. 中国人乘坐外国船舶，当船舶行驶于公海上时实施犯罪行为
- C. 外国人乘坐中国民航飞机进入法国领空后实施犯罪行为
- D. 中国国家工作人员在外国实施我国刑法规定的犯罪行为

答案：AC。

解析：BD 之行为我国也有管辖权，但其依据为属人主义，而非属地主义。

### 重点法条

第七条 中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。

中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第十条 凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

### 法条精解

属人原则：这里的“人”即指本国公民，是针对我国公民在国外犯罪的情形。它还可以这样表述：凡中华人民共和国国家工作人员和军人在我国领域外犯罪的，一律适用我国刑法；其他普通公民，原则上也适用我国刑法，但犯轻罪的——即法定最高刑为 3 年以下的，可以不予追究。

刑法中的属人原则以人的国籍为标准，凡是本国人犯罪，不论是在本国领域内还是在本国领域外，都适用本国刑法。《刑法》第 7 条规定，我国公民在我国领域外犯罪的，无论按照当地法律是否认为是犯罪，亦无论罪行是轻是重，以及是何种罪行，也不论其所犯罪行侵犯的是何国或何国公民的利益，原则上都适用我国刑法。只是按照我国刑法的规定，该中国公民所犯之罪的法定最高刑为 3 年以下有期徒刑的，才可以不予追究。所谓“可以不予追究”，不是绝对不追究，而是保留追究的可能性。此外，如果是我国的国家工作人员或者军人在域外犯罪，则不论其所犯之罪按照我国刑法的规定法定最高刑是否为 3 年以下有期徒刑，我国司法机关都要追究其刑事责任。这主要是考虑到对国家工作人员和军人在域外犯罪管辖应从严要求。

《刑法》第 10 条规定将我国公民在域外犯罪的情况包括在内，表明我国作为一个独立自主的主权国家，



其法律具有独立性，外国的审理和判决对我国没有约束力。但是，从实际情况及国际合作角度出发，为了使被告人免受过重的双重处罚，又规定对在国外已经受过刑罚处罚的犯罪人，可以免除或者减轻处罚。这样既维护了我国的国家主权，又从人道主义出发对被告人的具体情况做了实事求是的考虑，充分体现了原则性与灵活性的统一。

## 重点法条

第八条 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

## 法条精解

保护原则是针对外国人在国外对我国国家利益和我国公民利益犯罪的情形，它的适用是有严格条件限制的，即应当同时遵循几个条件：

1. 侵犯的是我国国家或公民的利益；
2. 行为人的行为是重罪（可能被判处3年以上有期徒刑）；
3. 双重犯罪原则（我国和行为地都认为是犯罪的）；
4. 犯罪的外国人现处于我国境内方能实际行使司法管辖权。

## 重点法条

第九条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

## 法条精解

普遍管辖原则针对的是外国人或无国籍人在外国实施的，针对中国或中国人以外对象的国际犯罪。普遍管辖原则是一种最后的补充原则，在可以适用其他管辖原则的情况下，是不允许适用这个最后原则的。因此，在中国境内发生的国际犯罪，应依据属地管辖原则处理，中国人在境外实施的国际犯罪，也只能依据属人管辖原则处理。另外，普遍管辖原则所涉及的犯罪必须是我国缔结或者参加的国际条约所规定的国际犯罪，对于这些罪行，我国只在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。在司法考试中，要注意常见的国际犯罪：①劫持民用航空器罪（如果劫持军用航空器，则不属于国际犯罪，对此罪行是否有管辖权，要看它是否符合属地原则、属人原则或保护原则。）②毒品犯罪；③海盗罪；④酷刑罪；⑤恐怖主义的犯罪，如绑架外交官、暗杀政治家、爆炸、投放危险物质等犯罪行为；⑥贩奴罪；⑦战争罪行（如反人类罪行、种族屠杀罪）。

依据普遍管辖原则，对于对国际犯罪人采取“或引渡或起诉”的规则。任何一个缔约国对于在本国逮捕的国际犯罪人，要么引渡给有关请求国，要么自行起诉、审判。

## 真题示例

（2008-2-23）A国商人汤姆劫持B国民用航空器，欲前往C国，但C国拒绝其降落，后无奈迫降中国。对汤姆的刑事责任问题的处理，下列哪一选项是正确的？

- A. 依据保护管辖原则，适用中国法律追究其刑事责任
- B. 通过外交途径解决
- C. 依照普遍管辖权原则，适用中国法律追究其刑事责任
- D. 依据属地管辖原则，适用中国法律追究其刑事责任

答案：D。

解析：根据《刑法》第6条，汤姆劫持航空器的行为的犯罪结果发生在中华人民共和国领域内，因此认为是在中华人民共和国领域内犯罪，依照属地管辖原则，适用中国法律追究其刑事责任。D项的说法是正确的，当选。

## 重点法条

第十二条 中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当



时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。

本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第一条 刑法第十二条规定的“处刑较轻”，是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻。

第二条 如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者法定最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

第三条 1997年10月1日以后审理1997年9月30日以前发生的刑事案件，如果刑法规定的定罪处刑标准、法定刑与修订前刑法相同的，应当适用修订前的刑法。

### 《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》

(1) 司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释，自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。

(2) 对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。

(3) 对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。

(4) 对于在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动。

## 法条精解

从本质上说，根据罪刑法定原则，定罪判刑应以行为时有法律的明文规定为限，行为人只能根据行为之时的有效法律预见其行为后果，对行为之后才实施的法律原则上不能对该行为有效，但如果法律发生变更时，又考虑到有利于被告人的原则，故产生刑法时间效力的“从旧兼从轻”原则。

从旧兼从轻原则的含义：所谓“从旧”，也就是原则上对刑法生效以前的行为依照当时的法律定罪处罚，新法没有溯及力，因此，当新旧刑法对某种行为处刑完全相同，对于旧法时代发生的案件，只能适用旧刑法的规定；所谓“兼从轻”，也就是说如果新法较之旧法对行为人有利，如不认为是犯罪的，或者是处罚较轻的，则应当适用较轻的新法。单行刑法、修正案也同样要遵循这个原则。在具体适用时要注意：

1. 要考虑的是适用旧法即行为当时的法律规定。

2. 当新旧法规定不同时，适用新法的基本条件是其处刑较轻或不认为是犯罪。处刑轻重的比较应当以法定刑轻重为依据。

3. 刑法溯及力适用的对象只能是未决犯，对于已决犯则不适用（见第2款之规定）。

另外还要注意以下问题：

1. “跨法连续犯、跨法继续犯”的适用法律问题。如果旧刑法不认为是犯罪，则只处罚新刑法生效以后的行为。如果新旧法都认为是犯罪，只是构成要件、罪名、情节、法定刑发生变化的，追诉时一律适用新刑法（最高检司法解释规定）。

2. 司法解释的时间效力问题。司法解释是对法律的一种理解，它的效力附属于所解释的法律，因此它的效力与刑法同步，原则上不受从旧兼从轻原则的约束。2000年通过的司法解释，对于1999年的犯罪行为也有溯及力，因为司法解释的效力“自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。”它的效力可以一直追溯到1997年10月1日之后的所有行为。但是，考虑到在我国司法解释具有事实上准法律的作用，因此如果存在新旧两个不同的司法解释，则可受从旧兼从轻原则的约束。如1999年的犯罪行为，2002年被发现，如果对此行为存在1998年、2001年两个司法解释，则应按照从旧兼从轻原则选择对行为人有利的司法解释。

(1) 司法解释当然适用于刑法生效后的全部时间：即司法解释一公布前的A罪在司法解释一公布后审判的，当然适用司法解释一；当司法解释二替代了司法解释一时，在2000年以后审判A罪的，适用司法解





释二。

(2) 两个司法解释发生替代时,如司法解释二公布后,废除了司法解释一的情况下,发生在司法解释一公布后失效前的B罪,在2000年以后审判的,适用哪一个司法解释,通过“从旧兼从轻”的原则解决。

3. 既判力与溯及力的关系问题。所谓既判力是指已经发生法律效力判决,《刑法》第12条认为,已经作出的生效判决,继续有效。这是为了维护判决的尊严和稳定,认为既判力的效力高于溯及力,对行为人有利的新法不能溯及已经生效的裁决。所以,按照审判监督程序重新审判的案件,由于判决已经生效,故应适用行为时的法律。

4. 新旧刑法轻重的比较。根据从旧兼从轻原则,在一般情况下,新法不具有溯及力,除非新法轻于旧法。需要注意的是《刑法》第12条规定的“处刑较轻”,是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑;如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

5. 累犯的适用。累犯,在旧法时代,累犯的时间要求是3年,而在新法时代变为了5年,新法较旧法为重。根据司法解释,如果前后两罪都发生在旧法时代,应适用旧法关于累犯的规定,如果前后两罪都发生在新法时代,则应适用新法关于累犯的规定,但如前后罪跨越新旧法时代,则应适用新法关于5年的时间规定,这与前面所说的连续犯、继续犯的法律适用问题是相似的。

### 真题示例

(1997-2-21) 李某因倒卖外汇于1995年9月被法院以投机倒把罪判处有期徒刑5年。修改后的刑法实施以后,李某提出申诉,理由是现行刑法无此罪名,要求改判无罪。法院应当如何处理?

- A. 撤销原判,改判无罪
- B. 释放并给予国家赔偿
- C. 驳回申诉,维持原判
- D. 考虑到李某已服刑2年,改判为有期徒刑2年并予释放

答案:C。

解析:参见既判力与溯及力的关系。

### 重点法条

第十四条 明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。

故意犯罪,应当负刑事责任。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第十五条 应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。

过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。

### 法条精解

犯罪故意由两个因素构成:一是认识因素,即明知自己的行为会发生危害社会的结果;二是意志因素,即希望或者放任危害结果的发生。这两个因素必须是现实的、确定的。易言之,在没有认识的情况下,不管具有怎样的认识可能性,也不能认为存在认识因素;如果行为人还没有确定实现何种内容,就缺乏故意的意志因素。例如,行为人在与被害人发生冲突时,立即取出手枪,但究竟只是威胁被害人,还是要伤害抑或杀害被害人,尚处于未决定的状态,而此时子弹便射中被害人,造成死亡结果。这种现象虽在理论上称为“未确定的故意”,但实际上并不存在犯罪故意,不仅不成立故意杀人既遂,也不成立故意杀人未遂与预备,只能认定为过失致人死亡。

#### 1. 直接故意

直接故意指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理态度。直接故意是





认识因素与意志因素的统一。

(1) 认识因素是明知自己的行为会发生危害社会的结果，这意味着行为人认识到自己以何种行为对何种对象造成危害结果。所以，不能认为直接故意的认识内容就是认识到危害结果发生，而应认为认识内容包括明知自己行为的性质、对象、结果与意义。

一般认为，直接故意的认识内容应包括以下几个方面：①行为人明知自己行为的内容与危害性质。认识到行为的危害性质却仍然实施该行为，就说明行为人具有可谴责性。②行为人明知自己的行为会发生何种危害结果。对危害结果的认识不要求很具体，只要求认识到是什么性质的危害结果。例如，故意杀人时，只要求认识到会有人死亡即可，不要求具体认识到谁在什么具体时刻死亡。对危害结果的明知包括明知危害结果必然发生与可能发生两种情况；行为人所明知的是哪一种情况，应以行为人自身的认识为准，不以客观事实为准。③某些犯罪的故意还要求行为人认识到刑法规定的特定事实，如特定的时间、地点、方法、对象、特定身份等。例如，成立销售赃物罪要求行为人明知自己代为销售的是犯罪所得的赃物，否则不成立本罪。

(2) 意志因素是希望危害结果的发生，所谓希望危害结果的发生，是指行为人对危害结果抱着积极追求的心理态度，该结果的发生是行为人实施危害行为直接追求的目的。比如，抢劫罪中的行为人希望即积极追求非法占有他人财物这种危害结果的发生。“希望”存在着程度上的差异，但无论是强烈、迫切的希望还是不那么强烈、迫切的希望都是行为人积极追求危害结果的发生。

## 2. 间接故意

间接故意，是指明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。间接故意也是认识因素与意志因素的统一。

(1) 认识因素是明知自己的行为可能发生危害社会的结果。与直接故意一样，间接故意的成立要求行为人认识到行为的内容与危害性质，认识到行为的危害结果，认识到刑法规定的特定事实。但是，间接故意只是认识到自己的行为可能发生危害社会的结果，不包括认识到自己的行为必然发生危害社会的结果。

(2) 意志因素是放任危害结果发生。这里的“危害结果”是指行为人已经明知可能发生的结果。“放任”是对危害结果的一种听之任之的态度。即行为人为了追求某种目的而实施一定行为时，明知该行为可能发生某种危害结果；行为人既不是希望危害结果发生，也不是希望危害结果不发生，但仍然实施该行为，也不采取措施防止危害结果发生，而是听任危害结果发生；结果发生与否，都不违背行为人意志。

间接故意主要存在于三种情况下：①行为人追求一个犯罪的结果而放任另一个犯罪结果的情况。比如，一个人想毒死他的妻子，然后给妻子做了饭菜，正好孩子回家吃饭，他也未加制止，结果妻儿都被毒死，行为人毒死妻子是直接故意杀人；而对儿子的死而言，则是间接故意。②行为人追求一个非犯罪性的结果而放任另一个犯罪结果的发生，对发生的犯罪结果而言，是间接故意。如行为人在校园里用气枪打鸟，鸟在树枝上，位置很低。学校人很多，行为人在一个比较高的位置朝树上的鸟射击，全然不顾附近学生，结果击中学生。③在突发性的犯罪中，行为人不计后果，造成严重结果的发生。如2006年试题，甲贩运假烟，驾车路过某检查站时，被工商执法部门拦住检查。检查人员乙正登车检查时，甲突然发动汽车夺路而逃。乙抓住汽车车门的把手不放，甲为摆脱乙，在疾驶时突然急刹车，导致乙头部着地身亡。这就是一种典型的突发性的间接故意。

## 3. 直接故意与间接故意的区别

(1) 认识因素内容与程度不同；直接故意是既能认识到危害结果发生的必要性，又能认识其发生的可能性；间接故意仅能认识到危害结果发生的可能性。

(2) 意志上对结果发生的态度不同；间接故意的“放任”，必须是危害结果可能发生，如果行为人意识到危害结果必然发生，则不存在“放任”直接认定为“希望”。注意：放任是指在有两个以上结果可以选择时，如果只有一个可能则不是放任而是希望。希望不是指主观上，而是一种体现在行为上的意志力。

(3) 特定的危害结果发生与否对行为的定性处理不同。间接故意只有产生实害结果才能定罪，其不存在犯罪的未完成形态。

## 真题示例

1. (2002-2-50) 黄某意图杀死张某，当其得知张某当晚在单位值班室值班时，即放火将值班室烧毁，其结果却是将顶替张某值班的李某烧死。下列哪些判断不符合黄某对李某死亡所持的心理态度？





A. 间接故意

B. 过于自信的过失

C. 疏忽大意的过失

D. 意外事件

答案：BCD。

**解析：**根据《刑法》第14条第1款规定，黄某希望烧死张某，他对烧死张某的心理态度是直接故意。过于自信的过失是预料到行为可能导致危害结果，但由于过于自信，而采取的措施不够或未采取措施。疏忽大意的过失是没有预见到危害结果可能会发生，在此点上与间接故意较易区分。而意外事件则是根据《刑法》第16条之规定，行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。则显然与本案不合。故本题的正确答案为BCD。

2. (2003-2-1) 养花专业户李某为防止偷花，在花房周围私拉电网。一日晚，白某偷花不慎触电，经送医院抢救，不治身亡。李某对这种结果的主观心理态度是什么？

A. 直接故意

B. 间接故意

C. 过于自信的过失

D. 疏忽大意的过失

答案：B。

**解析：**间接故意，是指明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。危害结果的发生与否都不违背行为人的意愿。但直接故意是行为人希望发生危害结果，危害结果不发生就违背了行为人的意愿。而过于自信的过失是行为人不希望发生危害结果，危害结果的发生是违背行为人意愿的。本题中李某明知私拉电网可能发生危害社会的结果，仍然在自己的花房周围拉电网，并且未采取任何防止结果出现的措施，对出现电人的结果是一种漠不关心的放任态度，所以是间接故意。故选B项。

## 重点法条

第十五条 应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。

过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第十六条 行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。

## 法条精解

1. 过失行为构成犯罪必须同时具备两个条件：①该行为必须造成了严重的危害结果；②法律明确规定了该行为应构成犯罪。犯罪过失有两个基本类型：①过于自信的过失；②疏忽大意的过失。

### (1) 过于自信的过失

过于自信的过失是指行为人预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生危害结果的心理态度。特征：

① 行为人预见到自己的行为可能发生危害社会的结果。这种预见是一种可能性而非不可避免性。另外，这种预见是具体的，而非抽象的危惧感和不安感。

② 行为人轻信能够避免犯罪结果的发生，违背了结果避免义务。一方面行为人希望并且相信能够避免结果的发生，结果的发生违背了他的意愿；另一方面，行为人并没有确实可靠的根据和能力避免结果的发生。比如看见行人，但感觉正常车速不会撞人，于是没有减速，结果撞死行人。轻信能够避免通常表现为三种情况：一是过高地估计了自己的主观能力；二是不当估计了现实存在的客观条件对避免危害结果的作用；三是误认为结果发生的可能性很小，因而可以避免结果发生。

### (2) 疏忽大意的过失

疏忽大意的过失是指应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理态度。疏忽大意过失的特征如下：

① 没有预见。行为人没有预见到危害结果的发生，因此疏忽大意又称无认识过失。

② 应当预见。行为人应当预见自己行为可能发生危害社会的结果，这包括预见义务和预见能力。预见义务来源于法律法规、规章制度以及社会习俗，如护士进行青霉素注射必须先做皮试，这种规章制度所规定的义务。预见能力是指行为在当时是能够预见到危害结果发生的，在判断预见能力时，应依据主客观相

统一学说，以行为人所属的群体的判断能力，综合考虑行为人的年龄、职业、社会阅历、智力状况进行判断。比如放映员与车夫一起去拉电影胶片。将电影胶片搬进屋后，随手放在火炉边。电影胶片烤热后引起了火灾。在这个案件中，电影放映员应当有预见义务，属于疏忽大意的过失，而车夫并不知道电影胶片具有易燃性，这超出他的认识范围，属于意外事故。

③ 出于疏忽大意没有预见。疏忽大意是行为人马马虎虎，粗心大意，缺乏社会责任感，违背了社会共同生活的要求。

## 2. 过于自信的过失与间接故意的区分

(1) 在认识因素方面，二者虽然都预见到行为发生危害结果的可能性，但对这种可能性是否会转化为现实性，即实际上发生危害结果的主观估计有所不同：过于自信的过失者主观上认为凭借其自身能力、技术、经验或某些外界条件等，在实施行为时，危害结果发生的可能性不会转化为现实性；而间接故意则不存在这种认识。间接故意对结果发生的可能性认识程度上稍高一些。

(2) 在意志因素方面，二者对危害结果的态度是不同的：间接故意者对结果的发生虽然不是积极追求，但也不反对、不排斥结果的发生，而是听之任之、有意放任；而过于自信的过失者既不追求结果的发生，而且希望避免结果的发生，即反对、排斥危害结果的发生。间接故意与过于自信的过失区别的关键是行为人对危害结果所持态度不同。间接故意对危害结果的发生不是持排斥的态度；过于自信的过失行为人对危害结果的发生是持否定或排斥态度。

(3) 在具体判断上，如果有事实证明行为人采取了积极的措施来避免结果发生的，通常应当是过于自信的过失。因为判断行为人的心态要根据案件的事实，过于自信的过失行为人想排斥、避免结果的发生，如果行为人采取措施避免结果的出现就是过于自信的过失而不是间接故意。间接故意的行为人对结果是否发生采取放任的态度，所以不会有积极措施防止结果发生。例如为了防盗而私设电网，但采取了防止结果发生的积极措施的通常是过失，否则就是间接故意。

## 3. 疏忽大意的过失与意外事件的区分

(1) 二者的相同点：这两种心态的行为人对危害结果的发生没有预见（无认识）。

(2) 二者的根本区别：行为人是否应当预见、能够预见。如果行为人应当预见、能够预见而没有预见的，属于疏忽大意的过失；如果行为人根本不可能预见的属于意外事件。疏忽大意的过失行为人通常违反了一般的注意义务。这涉及行为人是否负有注意义务和具有注意能力。

(3) 具体上可以这样判断：如果行为人有违反法律、法规和一般规章制度的行为，通常应当属于疏忽大意的过失。重大责任事故、医疗事故案件、玩忽职守通常属于此类情况。违反社会一般常规，违反社会一般注意义务，通常可解释为疏忽大意。判断是否“应当预见、能够预见”，应当采取一般人标准或者是折中说的标准。

## 真题示例

1. (2004-2-12) 朱某因婚外恋产生杀害妻子李某之念。某日晨，朱在给李某炸油饼时投放了可以致死的“毒鼠强”。朱某为防止其6岁的儿子吃饼中毒，将其子送到幼儿园，并嘱咐其子等他来接。不料李某当日提前下班后将其子接回，并与其子一起吃油饼。朱某得知后，赶忙回到家中，其妻、子已中毒身亡。关于本案，下列哪一说法是正确的？

- A. 朱某对其妻、子的死亡具有直接故意
- B. 朱某对其子的死亡具有间接故意
- C. 朱某对其子的死亡具有过失
- D. 朱某对其子的死亡属于意外事件

答案：C。

解析：本题中，朱某用毒鼠强毒杀李某，并且最终造成李某的死亡，明显是故意杀人，这是没有疑问的。过失包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。朱某为了防止儿子中毒也采取了一些措施，但是他自信这个措施能够避免其子死亡。因此本题的正确选项是C项。

2. (2007-2-14) 张某和赵某长期一起赌博。某日两人在工地发生争执，张某推了赵某一把，赵某倒地后后脑勺正好碰到石头上，导致颅脑损伤，经抢救无效死亡。关于张某的行为，下列哪一选项是正确的？

- A. 构成故意杀人罪
- B. 构成过失致人死亡罪
- C. 构成故意伤害罪
- D. 属于意外事件





答案：B。

**解体：**意外事件有三个特征：一是行为在客观上造成了损害结果。行为人的行为是造成损害结果的原因；如果出现了损害结果，但不是行为人的行为造成，而是由自然现象、动物等造成，则不能称为意外事件。二是行为人没有故意与过失。行为人主观上对自己的行为及所造成的损害结果，既不存在故意心理，也不存在过失态度。三是损害结果由不能预见的原因所引起。行为人没有预见自己的行为可能造成损害结果而且根据当时各方面的情况，他不可能预见、不应当预见。而张某和赵某在工地发生争执，工地属于有较高危险性的场所，行为人在这里要小心谨慎，张某把赵某推倒，致使赵某头碰石头死亡，张某本没有杀害或者伤害赵某的故意，是没有尽到应尽的注意义务，属于疏忽大意的过失。前面说过构成意外事件需要行为人没有故意和过失，所以本案不属于意外事件而应该构成过失致人死亡罪。所以 B 是正确选项。

## 重点法条

第十七条 已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。

已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

因不满 16 周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

### 【关联法条】

《全国人大常委会法工委关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑法责任范围问题的答复意见》

刑法第 17 条第 2 款规定的八种犯罪，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。对于刑法第 17 条中规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任。而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任，绑架撕票的，不负刑事责任。对司法实践中出现的已满 14 周岁不满 16 周岁的人绑架人质后杀害被绑架人、拐卖妇女、儿童而故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或死亡的行为，依据刑法是应当追究其刑事责任的。

《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 本解释所称未成年人刑事案件，是指被告人实施被指控的犯罪时已满十四周岁不满十八周岁的案件。

第二条 刑法第十七条规定的“周岁”，按照公历的年、月、日计算，从周岁生日的第二天起算。

第四条 对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。

相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄，但是无法准确查明被告人具体出生日期的，应当认定其达到相应法定刑事责任年龄。

第五条 已满十四周岁不满十六周岁的人实施刑法第十七条第二款规定以外的行为，如果同时触犯了刑法第十七条第二款规定的，应当依照刑法第十七条第二款的规定确定罪名，定罪处罚。

第六条 已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性行为，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。

第十条 已满十四周岁不满十六周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

已满十六周岁不满十八周岁的人犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，应当依照刑法第二百六十九条的规定定罪处罚；情节轻微的，可不以抢劫罪定罪处罚。

第十二条 行为人在达到法定刑事责任年龄前后均实施了犯罪行为，只能依法追究其达到法定刑事责任年龄后实施的犯罪行为的刑事责任。

行为人在年满十八周岁前后实施了不同种犯罪行为，对其年满十八周岁以前实施的犯罪应当依法从轻或者减轻处罚。行为人在年满十八周岁前后实施了同种犯罪行为，在量刑时应当考虑对年满十八周岁以前实施的犯罪，适当给予从轻或者减轻处罚。

第十五条 对未成年罪犯实施刑法规定的“并处”没收财产或者罚金的犯罪，应当依法判处相应的财产刑；对未成年罪犯实施刑法规定的“可以并处”没收财产或者罚金的犯罪，一般不判处财产刑。



对未成年罪犯判处罚金刑时，应当依法从轻或者减轻判处，并根据犯罪情节，综合考虑其缴纳罚金的能力，确定罚金数额。但罚金的最低数额不得少于五百元人民币。

对被判处罚金刑的未成年罪犯，其监护人或者其他入自愿代为垫付罚金的，人民法院应当允许。

第十九条 刑事附带民事案件的未成年被告人有个人财产的，应当由本人承担民事赔偿责任，不足部分由监护人予以赔偿，但单位担任监护人的除外。

被告人对被害人物质损失的赔偿情况，可以作为量刑情节予以考虑。

## 法条精解

### 1. 刑事法定年龄的概念

刑事法定年龄，是指刑法所规定的，行为人实施刑法禁止的犯罪行为所必须达到的年龄。如果没有达到刑事法定年龄，其实施的行为就不可能成立犯罪。达到刑事法定年龄，是自然人犯罪主体必须具备具有辨认控制自己行为的能力，是具有故意、过失的前提；但人的辨认控制能力并非与生俱来，而是随着身心发育、通过接受教育和参加社会实践逐渐增长，这是一个很长的过程。易言之，人的辨认控制能力受到年龄的制约，只有达到一定年龄的人，才会具有辨认控制能力。

### 2. 刑事法定年龄的分类

人的辨认控制能力，是从完全无辨认控制能力，到具有一定的辨认控制能力，再到完全具有辨认控制能力的。与此相适应，刑事法定年龄，也应分为几个阶段。我国刑法基于我国的政治、经济、文化的发展水平、少年儿童接受教育的条件，依据我国的地理、气候条件，根据国家对少年儿童的政策，对法定年龄作了如下规定：

#### (1) 无刑事责任年龄

未满14周岁的人不构成犯罪，一概不负刑事责任。这是对《刑法》第17条的规定进行解释得出的当然结论。刑法理论通常称此时期为绝对无刑事责任时期或完全无刑事责任时期。之所以如此规定，一方面是因为不满14周岁的人，还处于幼年时期，身心发育不成熟，一般来说，他们对自己行为的性质、后果与意义，还缺乏明确的认识，又很难控制自己的行为。另一方面是基于刑事政策的理由。刑法的这一规定具有严格性与绝对性，司法机关必须遵守。即使差一天乃至一小时，也不能突破刑法的规定，不允许以行为人发育早熟、具有辨认控制能力为由，将不满14周岁的人的行为以犯罪论处。

#### (2) 相对刑事责任年龄

“已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。”这是《刑法》第17条第2款的明文规定。刑法理论通常称这一时期为相对负刑事责任时期。刑法之所以这样规定，是基于以下理由：①已满14周岁不满16周岁的人，已经具有一定的辨认控制能力，对严重犯罪行为已具有辨认控制能力，所以已满14周岁不满16周岁的人，实施刑法所列举的上述犯罪行为的，应当负刑事责任。②刑法列举上述几种犯罪，除考虑犯罪的严重性外，还考虑了犯罪的常发性，即已满14周岁不满16周岁的人通常实施的严重行为的范围。事实上还有许多犯罪的严重性并不轻于上述几种犯罪，但由于已满14周岁不满16周岁的人往往难以甚至不能实施，故刑法未作规定。③刑法对已满14周岁不满16周岁的人负刑事责任的范围，不作概括性规定而予以明确具体规定，既是罪刑法定原则的明确性要求，又有利于更有效、更准确地处罚严重危害社会的犯罪，减少司法实践中的分歧，还充分体现了国家对有越轨行为的未成年人重教育、轻处罚的刑事政策。

这里有几个要点提醒大家注意：

①《刑法》第17条第2款所规定的8种犯罪，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。因此，如果已满14周岁不满16周岁的人所实施的某种行为包含了上述8种犯罪行为，则应当追究刑事责任。例如，已满14周岁不满16周岁的人在绑架过程中故意杀人。如果已满16周岁的人实施该行为，根据刑法第239条的规定，应认定为绑架罪。同样的：已满14周岁不满16周岁的人，故意决水，造成他人死亡，或者故意破坏交通工具、交通设施等，造成他人死亡，如果明知自己的决水、破坏行为会发生他人死亡的结果，并且希望或者放任这种结果发生的，应认定为故意杀人罪；已满14周岁不满16周岁的人在拐卖妇女、儿童的过程中，强奸妇女或者奸淫幼女的，或者在组织、强迫卖淫的过程中，强奸妇女或奸淫幼女后迫使卖淫的，应以强奸罪追究刑事责任。

②根据《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，已满14周岁不满16周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害







致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。但是，这个年龄阶段的人如果抢劫枪支、弹药，却是可以构成抢劫罪的。

③ 已满14周岁不满16周岁的人只构成《刑法》第347条规定的贩卖毒品罪，对于走私、运输、制造毒品行为不承担刑事责任。

### (3) 完全有刑事责任年龄

已满16周岁的人犯罪，应当负刑事责任，无论是故意犯罪还是过失犯罪，都应当承担刑责。刑法理论通常称这一时期为完全负刑事责任时期。已满16周岁的人，身心发育比较成熟，对于什么行为是犯罪、什么行为不是犯罪，都有比较明确的认识，也能够控制自己是否实施犯罪行为，具有辨认控制能力，因此应当对一切犯罪承担刑事责任。

### (4) 减轻刑事责任年龄

已满14周岁而未满18周岁的人应当从轻或减轻处罚，同时不能适用死刑。《刑法》第17条第3款规定减轻刑事责任时期，一方面是因为这些人还属于未成年人，身心发育不十分成熟，辨认控制能力比成年人要差一些，故其犯罪的危害程度比成年人犯罪的危害程度低一些。另一方面，未成年人的可塑性较大，比较容易接受教育改造。所以，根据罪刑相适应原则与刑罚目的的要求，对未成年人犯罪应当从轻或者减轻处罚。同时《刑法》第17条第4款还规定：“因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。”这表明，未达到法定年龄的人，如果实施了有害于社会的行为，虽不追究刑事责任，但也不能姑息放纵，而应加强教育和看管，乃至由政府收容教养。这也是预防他们将来走上犯罪道路的必要措施。

## 3. 关于刑事责任年龄还需要注意的几个问题

(1) 《刑法》第17条规定的“周岁”，按照公历的年、月、日计算，从周岁生日的第2天起算。另外，在起算时应从行为时，而非结果时计算年龄。

(2) 对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄，但是无法准确查明被告人具体出生日期的，应当认定其达到相应法定刑事责任年龄。

(3) 行为人在达到法定刑事责任年龄前后均实施了犯罪行为，只能依法追究其达到法定刑事责任年龄后实施的犯罪行为的刑事责任。根据《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，行为人在年满18周岁前后实施了不同种犯罪行为，对其年满18周岁以前实施的犯罪应当依法从轻或者减轻处罚。行为人在年满18周岁前后实施了同种犯罪行为，在量刑时应当考虑对年满18周岁以前实施的犯罪，适当给予从轻或者减轻处罚。

(4) 未达刑事责任年龄之人，虽不负刑责，但要责令他的家长或者监护人加以管教，必要时由政府收容教养。因此，这些人所实施的行为虽非犯罪行为，但系不法侵害，是可以进行正当防卫的。

## 真题示例

1. (2006-2-51) 已满14周岁不满16周岁的人实施下列哪些行为应当承担刑事责任？

- A. 参与运送他人偷越国（边）境，造成被运送人死亡的
- B. 参与绑架他人，致使被绑架人死亡的
- C. 参与强迫卖淫集团，为迫使妇女卖淫，对妇女实施了强奸行为的
- D. 参与走私，并在走私过程中暴力抗拒缉私，造成缉私人员重伤的

答案：CD。

解析：其中C属于包容犯，强奸行为为强迫卖淫行为所包容，但由于相对刑事责任年龄阶段不构成强迫卖淫罪，故可以强奸罪定罪，D选项则属于转化犯，在此情况下，抗拒缉私行为已经转化为故意伤害（致人重伤），对其应定故意伤害罪。

2. (2002-2-41) 对下列哪些情形应当追究刑事责任？

- A. 15周岁的甲在聚众斗殴中致人死亡
- B. 15周岁的乙非法拘禁他人使用暴力致人伤残
- C. 15周岁的丙贩卖海洛因8000克
- D. 15周岁的丁使用暴力奸淫幼女

答案：ABCD。

**解析：**此题的前两种情都属于转化犯，后两种情况分属《刑法》第17条第2款所规定的八种犯罪中的贩卖毒品、强奸罪。故应全选。

## 重点法条

第十八条 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。

间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。

尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。

## 法条精解

### 1. 辨认控制能力减弱对刑事责任程度的影响

达到法定年龄、具有刑法所要求的成立犯罪所必须具备的辨认控制能力时，便符合犯罪主体的一般要件。但由于刑法规定的刑事责任以具有完全的辨认控制能力为基准，因此有必要就辨认控制能力减弱对刑事责任的影响作出明确规定。

根据《刑法》第18条第3款的规定，尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但可以从轻或者减轻处罚。需要注意的是：①精神病的种类很多，不可认为精神病人都没有辨认控制能力，因此，虽然患有精神病，但如果尚未完全丧失辨认控制能力，就表明还具有一定的自由意志，在其行为成立犯罪的情况下，应当负刑事责任。②“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为的能力”表明行为人对自己实施的行为还具有一定的辨认控制能力，只是由于精神病而有所减弱而已。如果虽然患有精神病，但对其实施的行为具有与正常人相同的辨认控制能力，或者完全不具有辨认控制能力，则不能适用《刑法》第18条第3款的规定。③对限制辨认控制能力的人犯罪，只是“可以”从轻或者减轻处罚，而不是“应当”从轻或者减轻处罚。因此，如果所实施的犯罪与辨认控制能力减弱具有直接联系，就应当从轻或者减轻处罚；如果其间没有联系，那么可以不从轻或者减轻处罚。

### 2. 在认定精神病上需要注意的问题

(1) 精神病人的鉴定必须由精神病专家经过法定程序确认，然后由司法工作人员进行最后判断。

(2) 精神病人在无刑事责任能力的侵害行为虽非犯罪行为，但也是不法行为，因此应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗，在必要的时候，由政府强制医疗。这种行为也是不法行为，可以进行正当防卫。

(3) 精神病人必须是在犯罪行为时无辨认能力或控制能力才无刑事责任能力，如果在犯罪时是正常人，但在犯罪后成为精神病人，这不能豁免其刑事责任。

### 3. 对醉酒的处理

醉酒的人虽然辨认能力或控制能力可能有所减弱，但这属于自找的危险，不能减轻其刑事责任。通说认为，醉酒可以分为两种，一种是生理性醉酒，即我们通常说的喝醉酒，这应负刑事责任。另一种是病理性醉酒，这是一种精神病，如果非自愿的导致这种疾病发作，不负刑事责任，但如果明知自己有此精神病，仍然自愿醉酒，应当认定为原因自由行为，即虽然在行为时无辨认能力或控制能力，但导致这情况的原因是可控的，属于自招风险，也要承担刑事责任。

## 重点法条

第十九条 又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。

## 法条精解

又聋又哑的人与盲人的辨认控制能力及刑事责任：

1. 又聋又哑，一般应是先天性的又聋又哑，至少是自幼聋哑；盲人，应是指双目失明的人。因为先天性聋哑、自幼聋哑与双目失明，才限制其自幼接受教育与参加社会活动的机会，使得其辨认控制能力低于一般人，故对其犯罪可以从轻、减轻或者免除处罚。

2. 又聋又哑的人与盲人虽然因为生理缺陷导致对某些行为的辨认控制能力减弱，但并没有完全丧失辨



认控制能力，因此，他们实施犯罪的，应当负刑事责任。

3. 又聋又哑的人或者盲人犯罪的，可以从轻、减轻或者免除处罚。因为通常情况下，他们由于生理上的缺陷，接受教育与参加社会活动的机会受到了一定限制，其辨认控制能力可能低于没有生理缺陷的人。如果因为生理缺陷对其犯罪行为的辨认控制能力有一定影响，就表明其非难可能性比一般人犯罪的非难可能性小一些。

4. 值得注意的是，《刑法》只是规定“可以”从轻、减轻或者免除处罚，而不是“应当”从轻、减轻或者免除处罚。这就要联系犯罪的本质特征来理解和适用，即又聋又哑的人或者盲人，由于生理缺陷导致对具体犯罪行为的辨认控制能力有影响时，得从轻、减轻或者免除处罚；如果没有影响，则可以不从轻、减轻或者免除处罚。

## 重点法条

第二十条 为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。

正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

## 法条精解

### 1. 正当防卫的概念

正当防卫分为一般正当防卫（《刑法》第20条第1款）与特殊正当防卫（《刑法》第20条第3款）。特殊正当防卫是针对正在进行的严重危及人身安全的暴力犯罪所进行的防卫，对防卫的限度要求明显降低；一般正当防卫是针对正在进行的其他不法侵害所进行的防卫，具有防卫限度因而存在防卫过当的问题。正当防卫的本质是制止正在进行的不法侵害、保护法益，处理与正当防卫有关的一切问题时，都要把握这一核心内容。

### 2. 正当防卫的分类

#### （1）一般正当防卫的构成要件

##### ① 必须存在现实的不法侵害行为

现实的不法侵害，是正当防卫的起因条件。“不法侵害”的“不法”即违反法律，但刑法理论上对不法侵害的范围存在不同认识。通说认为，不法侵害既包括犯罪行为，也包括其他违法行为，但又不是泛指一切违法犯罪行为。首先，不法侵害包括犯罪行为与其他违法行为。因为犯罪行为与其他违法行为都是侵犯法益的行为，而法益都受法律保护。刑法使用了“不法”一词，而没有使用“犯罪”概念，表明对其他违法行为可以进行防卫。其次，并非对任何违法犯罪行为都可以进行防卫，只是对那些具有进攻性、破坏性、紧迫性的不法侵害，在采取正当防卫可以减轻或者避免危害结果的情况下，才宜进行正当防卫。例如，假冒注册商标罪、重婚罪、贿赂罪等虽然是犯罪行为，却不能对之进行正当防卫。

不法侵害不限于故意不法侵害，对于过失不法侵害，符合其他条件的，也可以进行正当防卫。表面上看，过失行为只有实际造成了危害结果时才成立犯罪，过失犯罪成立之时，也是不法侵害结束之时，似乎不能对其进行正当防卫。然而，事实上，过失犯罪也有实行行为，实行行为与结果的发生之间会有时间上的间隔；虽然行为人在实施过失行为时没有预见结果发生或者虽然已经预见但轻信能够避免，但有些过失行为本身即在客观上包含着造成危害结果的极大可能性甚至必然性。在这种情况下，没有理由禁止正当防卫。

不法侵害不限于作为的不法侵害。对于不作为的不法侵害，如果只能由不作为人履行义务，需要进行正当防卫的，也可以进行正当防卫。

不法侵害不限于对有辨认控制能力的人的侵害行为。对于没有达到法定年龄、不具有辨认控制能力的人的客观侵害行为，完全可以进行正当防卫。但基于人道主义的考虑，在这种情况下，对防卫的必要性似乎应当更严格地限制，虽然不要求只能在不得已的情况才进行防卫，但应尽量限制在必要的场合。

不法侵害应是人的不法侵害。在野生动物侵害法益时，理当可以进行反击，但不属于正当防卫，可能成立紧急避险；在动物的饲养人唆使其饲养的动物侵害他人的情况下，动物是饲养人进行不法侵害的工具，将该动物打死打伤的，事实上属于使用给不法侵害人造成财产损失的方法，可以进行正当防卫。





## ② 不法侵害必须正在进行

不法侵害正在进行时，才使法益处于紧迫的被侵害或威胁之中，才使防卫行为成为保护法益的必要手段。不法侵害正在进行，是指不法侵害已经开始且尚未结束。

关于不法侵害的开始时间，刑法理论上有所谓侵害现场说、着手说、直接而临时与综合说。学界通说是着手说，即在一般情况下，应以不法侵害人着手实行不法侵害时为其开始。

关于不法侵害的结束时间，刑法理论上也有不同观点。但学界通说是：犯罪构成要件符合说，即只要实行刑法分则罪名规定的相应行为已告结束就认定为不法侵害已经结束。不过，在财产性违法犯罪情况下，行为虽然已经既遂，但在现场还来得及挽回损失的，应当认为不法侵害尚未结束，可以实行正当防卫。例如，抢劫犯使用暴力劫得财物，抢劫罪虽已既遂，但在当场对抢劫犯予以暴力反击夺回财物的，应认为是正当防卫。

防卫不适时有两种情况，一是事前加害，二是事后加害。防卫不适时不是正当防卫，通说认为对这种行为应追究故意犯罪的刑事责任。事实上，防卫不适时并不限于明知不法侵害尚未开始或已经结束而进行“防卫”的情况，还包括对不法侵害尚未开始或已经结束，应当预见但因为疏忽大意而没有预见以及完全不能预见的情况，因此，对于防卫不适时，可能分三种情况处理：一是故意犯罪，即明知不法侵害尚未开始或已经结束，而故意对不法侵害人造成侵害；二是过失犯罪，应当预见不法侵害尚未开始或者已经结束，因为疏忽大意而没有预见，对不法侵害人造成侵害；三是意外事件，客观上不能预见不法侵害尚未开始或者已经结束，因而不法侵害人造成损害。

## ③ 具有防卫意识

现实的不法侵害正在进行时，就可以实施正当防卫。但一般认为，正当防卫也是主客观相统一的行为，具有防卫意识时，才可能成立正当防卫。

防卫意识包括防卫认识与防卫意志。防卫认识，是指防卫人认识到不法侵害正在进行；防卫意志，是指防卫人出于保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害的目的。

防卫挑拨、相互斗殴、偶然防卫都是不具有防卫意识的行为。防卫挑拨，是指为了侵害对方，故意引起对方对自己进行侵害，然后以正当防卫为借口，给对方造成侵害的行为。这种行为不仅不具有防卫意识，而且是滥用正当防卫的行为，因而是故意犯罪。相互斗殴，是双方都有侵害对方的故意，其不具有正当的防卫意识，不具有保护法益的目的。当然斗殴中如果一方已经停止，另一方继续侵害，这时候就有正当防卫存在的余地了。偶然防卫是一方本着伤害的故意去侵害另一方，而此时另一方正在实施不法行为，正是由于一方侵害行为的实施制止了另一方不法行为，这里的一方也不存在防卫认识和防卫意识。

## ④ 必须针对不法侵害人本人进行防卫

在具备正当防卫的前提条件下，只能针对不法侵害人本人进行防卫。这是正当防卫的本质决定的。正当防卫是制止正在进行的不法侵害、保护法益的行为，不法侵害是由不法侵害人直接实施的，针对不法侵害人进行防卫，使不法侵害人不再继续实施不法侵害行为，才可能制止不法侵害、保护法益。针对不法侵害人以外的第三者进行防卫，就不可能制止不法侵害、保护法益。即使在共同违法犯罪的情况下，也只能对客观上正在进行不法侵害的人进行防卫。

## ⑤ 必须没有明显超过必要限度造成重大损害

正当防卫的必要限度，是指防卫行为必须与不法侵害相适应，相适应并不意味着二者完全相等，而是指防卫行为所造成的损害从轻重、大小等方面来衡量大体相适应。在这个问题上学界存在三种观点：必需说认为，是否超过必要限度，应从防卫的实际需要出发，进行全面衡量，以有效地制止不法侵害的客观实际需要作为防卫的必要限度。只要防卫在客观上有必要，防卫强度就可以大于、也可以小于、还可以相当于侵害强度。适当说认为，防卫的必要限度，是指防卫人的行为正好足以制止侵害人的不法侵害行为，而没有对不法侵害人造成不应有的危害，并认为应将基本相适应说与必需说结合起来进行判断。还有一种折中的综合说，但目前的通说是必需说，即以制止不法侵害的强度为必须。

## (2) 特殊正当防卫

为了有效地保护法益，鼓励公民积极实施正当防卫行为，《刑法》第20条第3款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”这便是特殊正当防卫。条文中的杀人、抢劫、强奸、绑架主要是对暴力犯罪的列举，其中的“杀人”限于故意杀人。至于对刑法规定的转化型杀人、抢劫等能否进行特殊



正当防卫，则应具体分析，关键在于是否严重危及人身安全，而不能以其行为最终成立何种罪名为标准得出结论。“行凶”可以同时从两个方面进行理解：一方面，行凶包含了杀人与伤害界限不明，但有很大可能造成他人严重的重伤或者死亡的行为，所以，对于暴力造成一般重伤的，不宜包含在“行凶”之内。另一方面，“行凶”也是对暴力犯罪方式的举例，即对以行凶方式实施的杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪，适用特殊防卫过当的规定。并非对于行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪进行防卫的都适用上述规定，只有当这些暴力犯罪以及其他暴力犯罪，严重危及人身安全时，才适用特殊正当防卫的规定。这里的人身安全，应仅限于生命与重大的身体安全。严重危及人身安全的暴力犯罪，并不限于《刑法》条文所列举的上述犯罪，还包括其他严重暴力犯罪，如抢劫枪支弹药罪、劫持航空器罪等；也不限于直接对人的身体行使有形力的暴力犯罪，如果对物行使有形力但严重危及人身安全的，也属于严重危及人身安全的暴力犯罪，如严重放火罪、爆炸罪，等等。

特殊防卫必须具备正当防卫的四个前提条件，只不过在防卫限度要件上略有放宽。因此，在司法考试中要注意以下几点：①对于非暴力犯罪以及作为一般违法行为的暴力行为，不适用上述规定。②对于轻微暴力犯罪或者一般暴力犯罪，不适用上述规定。只有对于严重危及人身安全的暴力犯罪进行正当防卫，才存在特殊防卫权的问题。这里的“行凶”，一般是指杀人与重伤界限不清楚的暴力犯罪。③并非对于任何正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他暴力犯罪都可以采取特殊正当防卫，只有当暴力犯罪严重危及人身安全的，才适用上述规定。比如对迷药型抢劫，就不应该适用特殊防卫。④严重危及人身安全的暴力犯罪不限于刑法条文所列举的上述犯罪，还包括其他严重危及人身安全的暴力犯罪。如劫持航空器、组织越狱罪等。⑤在严重危及人身安全的暴力犯罪结束后，行为人将不法侵害人杀死的，不适用上述规定。

特殊正当防卫与一般正当防卫在成立条件上有两个区别：①特殊正当防卫所针对的只能是正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪；而一般正当防卫所针对的是需要防卫的任何犯罪与其他违法行为（以需要防卫为前提）。因此，只有保护人身安全时，才可能属于特殊正当防卫；保护其他法益时，则不能进行特殊正当防卫。②一般正当防卫和特殊正当防卫在防卫限度问题上有所区别。特殊正当防卫限度要求没有一般正当防卫那么严格，对于造成侵害人重大人身伤亡的都可以认定为在正当限度范围之内。

### 3. 防卫过当及其刑事责任

防卫过当不是独立罪名。对于防卫过当应根据其符合的犯罪构成确定罪名，而不能定所谓“防卫过当罪”、“防卫过当致人死亡罪”、“防卫过当致人重伤罪”等罪名。从《刑法》第20条关于防卫过当的规定来看，只有在造成不法侵害人重伤或者死亡时，才存在防卫过当问题；造成他人轻伤以及针对财产进行防卫的，一般不存在防卫过当问题。

## 真题示例

1. (2009-2-3) 关于正当防卫，下列哪一选项是错误的？

- A. 制服不法侵害人后，又对其实施加害行为，成立故意犯罪
- B. 抢劫犯使用暴力取得财物后，对抢劫犯立即进行追击的，由于不法侵害尚未结束，属于合法行为
- C. 动物被饲主唆使侵害他人的，其侵害属于不法侵害；但动物对人的自发侵害，不是不法侵害
- D. 基于过失而实施的侵害行为，不是不法侵害

答案：D。

解析：A项中，不法侵害人已被制服，已经不存在防卫的时间条件，应成立故意犯罪，A项说法正确。B项中，在财产性违法犯罪的情况下，行为虽然已经既遂，但在现场还来得及挽回损失的，不法侵害尚未结束，可以实行正当防卫，B项说法正确。C项中，不法侵害应是人实施的不法侵害，在饲养人唆使其饲养的动物侵害他人的情况下，动物是饲养人进行不法侵害的工具，这种侵害属于不法侵害，如果是动物对人的自发侵害，因为没有行为人，并不存在不法侵害的问题，C项说法正确。D项中，不法侵害不限于故意的不法侵害，也存在过失的不法侵害，此时也可以进行正当防卫。D项说法错误。本题是选错题，正确答案为D。

2. (2007-2-21) 陈某抢劫出租车司机甲，用匕首刺甲一刀，强行抢走财物后下车逃跑。甲发动汽车追赶，在陈某往前跑了40米处将其撞成重伤并夺回财物。关于甲的行为性质，下列哪一选项是正确的？

- A. 法令行为
- B. 紧急避险
- C. 正当防卫
- D. 自救行为





答案：C。

解析：本案陈某是财产性犯罪，在这种犯罪中，虽然抢劫罪已经既遂，但行为人尚未完全离开现场，被害人完全来得及挽回损失，通说认为不法侵害尚未结束，可以实行正当防卫。所以甲在陈某逃走时驾车将其撞成重伤并夺回财物的行为可以认定为正当防卫。

3. (2005-2-59)《刑法》第20条第3款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”关于《刑法》对特殊正当防卫的规定，下列哪些理解是错误的？

A. 对于正在进行杀人等严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，没有造成不法侵害人伤亡的，不能称为正当防卫

B. “其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的表述，不仅说明其前面列举的抢劫、强奸、绑架必须达到严重危及人身安全的程度，而且说明只要列举之外的暴力犯罪达到严重危及人身安全的程度，也应适用特殊正当防卫的规定

C. 由于特殊正当防卫针对的是严重危及人身安全的暴力犯罪，而这种犯罪一旦着手实行便会造成严重后果，所以，应当允许防卫时间适当提前，即严重危及人身安全的暴力犯罪处于预备阶段时，也应允许进行特殊正当防卫

D. 由于针对严重危及人身安全的暴力犯罪进行防卫时可以杀死不法侵害人，所以，在严重危及人身安全的暴力犯罪结束后，当场杀死不法侵害人的，也属于特殊正当防卫

答案：ACD。

解析：特殊防卫权只是赋予防卫人可以使用更大的防卫强度的权利，并不要求防卫一定要出现伤亡结果，因此A选项的说法是错误的。“其他严重危及人身安全的暴力犯罪”包括与抢劫、强奸犯罪的暴力相当的针对人身安全的犯罪如抢劫枪支弹药罪、劫持航空器罪等。B选项的说法正确。特殊防卫权是正当防卫权之一种，与普遍的正当防卫一样，必须符合法律所要求的时间条件——不法侵害正在进行。所以C和D选项中将不符合法律要求的事前防卫和事后防卫看作正当防卫的说法是错误的。

## 重点法条

第二十一条 为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。

紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

第一款中关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

## 法条精解

### 1. 紧急避险的概念

紧急避险，是指为了使国家、公共利益、本人或者他人人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已损害另一较小或者同等法益的行为。紧急避险的本质是避免现实危险、保护较大或同等法益。紧急避险行为虽然造成了某种法益的损害，但联系到具体事态来观察，从行为的整体来考虑，该行为没有社会危害性，也根本不符合任何犯罪构成。

与正当防卫一样，紧急避险也是一种紧急行为。二者最大的区别在于：正当防卫是对不法侵害的防卫，即“正对不正”；而紧急避险是两个法益之间的冲突，即“正对正”。在“正对正”的情况下之所以排除犯罪的事由，也是因为它保护了更大至少是同等的法益。

### 2. 紧急避险的条件

正因为紧急避险是通过损害一种法益保护另一种法益，所以，其条件比正当防卫的条件更为严格。

#### (1) 必须发生了现实危险

必须发生了现实危险，是指法益处于客观存在的危险的威胁之中，或者是，法益处于可能遭受具体损害的危险之中。危险的来源有：大自然的自发力量造成的危险；动物的袭击造成的危险；疾病、饥饿等特殊情况形成的危险；人的危害行为造成的危险；等等。

需要注意的问题是对自己招致的针对本人的危险能否实行紧急避险的问题，通说认为，对故意招致的危险不允许紧急避险，这里有个例外：即当招致危险危及自己生命但需要紧急避险的第三人法益不及生命时，可以紧急避险。但对过失引起的危险应允许紧急避险。至于对自己招致的针对他人的危险，则应允许





紧急避险。例如，甲的行为导致对乙产生危险，甲便可以通过适当地损害丙的利益避免对乙的危险。

现实危险不包括职务上、业务上负有特定责任的人所面临的对本人的危险。例如，执勤的人民警察在面临罪犯对自己进行侵害时，不能进行紧急避险；发生火灾时，消防人员不能为了避免火灾对本人造成的危险，而采取紧急避险。因此，《刑法》第21条第3款规定：第一款中关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

如果事实上并不存在危险，而行为人误认为存在危险，实施所谓避险行为的，属于假想避险。对于假想避险，按照处理假想防卫的原则予以处理。

#### (2) 必须是正在发生的危险

现实危险正在发生时，才能实行避险避免。危险正在发生，是指危险已经发生或迫在眉睫并且尚未消除，其实质是法益正处于紧迫的威胁之中，这要根据当时的具体情况进行综合判断。在危险尚未发生或者已经消除的情况下实行避险的，属于避险不适时，其处理原则与防卫不适时的处理原则相同。

#### (3) 必须出于不得已而损害第三人法益

必须出于不得已，是指在法益面临正在发生的危险时，没有其他合理办法可以排除危险，只有损害另一较小或者同等法益，才能保护面临危险的法益；如果有其他办法排除危险，则不允许实行紧急避险。这是紧急避险与正当防卫的重要区别。在可以或者具有其他合理方法避免危险的情况下，行为人采取避险行为的，应视行为的具体性质、情节以及行为人的主观心理状态分别认定为故意犯罪、过失犯罪或者意外事件。

必须是损害第三者的法益。不能直接针对加害人，这样有可能形成正当防卫。

#### (4) 关于避险意识

避险意识由避险认识与避险意志构成。避险认识，是指行为人认识到国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利面临正在发生的危险，认识到只有损害另一法益才能保护较大或同等法益，认识到自己的避险行为是保护法益的正当行为。避险意志，是指行为人出于保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险的目的。故意引起危险后，以紧急避险为借口侵犯他人法益的，是故意犯罪，而不是紧急避险。没有避险意识，其故意或者过失实施的侵害行为巧合紧急避险客观要件的，属于偶然避险，与偶然防卫的处理原则相同。

#### (5) 必须没有超过必要限度造成不应有的损害

由于紧急避险是用损害一种法益来保护另一种法益，故不允许通过对法益的无限制损害来保护另一法益，只能在必要限度内实施避险行为。通说认为，紧急避险的必要限度，是指紧急避险所引起的损害小于所避免的损害，即凡是避险行为所引起的损害小于所避免的损害时，就是没有超过必要限度。

### 3. 避险过当的刑事责任

避险行为超过必要限度造成不应有的损害的，成立避险过当。避险过当不是独立的罪名，故不能定“避险过当罪”，也不能定“避险过当致人重伤罪”、“避险过当致人死亡罪”等罪名；只能根据避险行为所符合的犯罪构成，确定罪名。对于避险过当的，应当酌情减轻或者免除处罚。

### 4. 紧急避险与正当防卫的异同

紧急避险与正当防卫有相似之处，也有不同之处。

两者的相同点在于：①行为人主观上都有正当目的，主观意图都是为了使国家、公共利益、本人或他人的人身、财产和其他合法权益免受损害。②形式上都会给他人或社会造成一定的损害，但实质上都被认为是有益于社会的行为。③在法律性质方面，都是合法行为，不负刑事责任。④二者起因相同，即存在现实的不法侵害或者危险。⑤正当防卫与紧急避险都是针对正在进行的不法侵害或者正在发生的危险。⑥两种行为都不能超过一定的限度，对于超过限度而产生的防卫过当或避险过当，应负刑事责任，但应当减轻或者免除处罚。

两者的不同点在于：①危险来源不同。正当防卫的危险来源是不法侵害；而紧急避险的危险来源，可以是不法侵害，也可以是自然灾害、动物的侵袭。②行为对象不同。正当防卫的行为必须针对不法侵害者本人实施，在遭遇到不法侵害时，如果行为人针对不法侵害人进行反击，属于正当防卫的范畴；如果为了躲避不法侵害，而损害第三人（不法侵害之外的人）利益的，属于紧急避险的范畴。③实施行为的条件不同，紧急避险必须是在迫不得已的情况下实施，而正当防卫则没有这一条件的限制。④判断“过当”的标准不同。正当防卫只要没有明显超过必要的限度造成重大损害，就不算过当。正当防卫造成的损害可以等于甚至大于被保护的合法权益。紧急避险造成的损害必须小于所保护的利益，否则即为过当。⑤对行为主

体的要求不同。紧急避险不适用于职务上、业务上有特定责任的人员。正当防卫对于行为主体没有限制。

### 真题示例

(2009-2-4) 甲遭乙追杀, 情急之下夺过丙的摩托车骑上就跑, 丙被摔骨折。乙开车继续追杀, 甲为逃命飞身跳下疾驶的摩托车奔入树林, 丙一万元的摩托车被毁。关于甲行为的说法, 下列哪一选项是正确的?

A. 属于正当防卫

B. 属于紧急避险

C. 构成抢夺罪

D. 构成故意伤害罪、故意毁坏财物罪

答案: B。

解析: 本题考核紧急避险。紧急避险, 是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险, 不得已给另一较小的法益造成损害的行为。紧急避险的本质是避免现实危险, 保护较大法益。关于权衡权益的大小, 一般来说, 人身权利大于财产权利, 人身权利中的生命权重于其他人身权利。本题中, 甲的生命权重于丙的财产权以及身体权, 甲为避免乙的追杀, 不得已给丙造成损害, 属于紧急避险。故排除 ACD, 本题正确答案为 B 项。

### 重点法条

第二十二条 为了犯罪, 准备工具、制造条件的, 是犯罪预备。对于预备犯, 可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

### 法条精解

1. 犯罪预备, 是指为了实行犯罪, 准备工具、制造条件, 但由于行为人意志以外的原因而未能着手实行犯罪的形态。据此, 犯罪预备具有以下四个特征:

(1) 主观上为了实行犯罪

成立犯罪预备, 要求行为人主观上有实行犯罪的目的。但注意的是为预备行为实施的“准备”行为, 不能认定为犯罪预备。例如, 为了实行杀人, 而购买毒药的行为是预备行为, 但为了购买毒药而打工挣钱的行为, 不是犯罪预备行为。

为了实行犯罪, 包括为了自己实行犯罪(自己预备罪)与为了他人实行犯罪(他人预备罪); 为了实行犯罪不是一种独立的罪过, 但表明行为人具有明确的犯罪故意, 因为行为人在具体的犯罪故意支配下, 才能为具体犯罪的实行行为准备工具、制造条件; 为了实行犯罪, 表明行为人在具有犯罪故意的前提下, 认识到预备行为为实行行为创造了便利, 认识到预备行为对危害结果的发生起积极促进作用; 为了实行犯罪, 表明行为人在该心理支配下实施的行为是犯罪预备行为, 因而与犯意的形成、犯意的表示具有本质区别。

(2) 客观上实施了犯罪预备行为

总的来说, 预备行为是为实行犯罪制造条件的行为, 但刑法将其规定为两类, 即准备工具与制造条件。准备工具, 即准备实行犯罪的工具, 具体表现为: 购买某种物品作为犯罪工具, 制造犯罪工具, 改装物品使之适应犯罪需要, 租借他人物品作为犯罪工具, 盗窃他人物品作为犯罪工具等等。制造条件, 是指除准备工具以外的一切为实行犯罪制造条件的预备行为。制造条件主要表现为: 调查犯罪场所与被害人行踪、出发前往犯罪场所或者守候被害人的到来、诱骗被害人前往犯罪场所、排除犯罪障碍、勾结犯罪同伙、寻找共犯人、商议犯罪的实行计划等。

(3) 事实上未能着手实行犯罪

犯罪预备必须在预备阶段停顿下来, 即事实上未能着手实行犯罪; 如果已经超出了预备阶段, 着手实行了犯罪, 就不可能是犯罪预备。未能着手实行犯罪主要包括两种情况: 一是预备行为没有实施终了, 由于某种原因不能继续实施预备行为, 因而不可能着手实行; 二是预备行为已经实施终了, 但由于某种原因未能着手实行。

(4) 未能着手实行犯罪是由于行为人意志以外的原因

犯罪预备在预备阶段停顿下来, 未能着手实行犯罪, 必须是行为人意志以外的原因。即行为人本欲继续实施预备行为、着手实行犯罪, 但由于违背行为人意志的原因, 使得行为人客观上不可能继续实施预备行为, 或者客观上不可能着手实行犯罪, 或者使得行为人认识到自己客观上已经不可能继续实施预备行为



与着手实行犯罪。如果行为人自动放弃犯罪预备行为，或者自动不着手实行犯罪，则属于犯罪中止。如果行为人已经着手犯罪，由于意志以外的原因没有既遂的，是犯罪未遂，不是犯罪预备。

## 2. 预备行为与犯意表示的区别

犯意表示是一种思想流露，还没有表现为行为，不属于《刑法》打击范围。犯意表示一般是以口头、书面或者其他方法，将真实犯罪意图表现于外部的行为。犯罪预备与犯意表示的最本质区别在于犯罪预备行为是为犯罪准备工具、制造条件，为实行犯罪起到促进作用，对《刑法》所保护法益构成现实的威胁；犯意表示并没有为实行犯罪起到促进作用，只是单纯流露犯意的行为，对法益没有现实的威胁。

## 3. 预备行为与实行行为的区别

实行行为是在实行阶段中的行为，而预备行为是在预备阶段中的行为，两者的临界点是着手。实行行为有两个指标：①行为人实施了分则条文规定的行为。比如为杀人购买刀具，这就并非《刑法》第232条故意杀人罪所规定的杀人行为，只是一种预备行为，但如果用刀向人脖子上砍去，就已着手，开始了实行行为。②对法益有现实侵害的紧迫性。比如某人在小区内入户盗窃，打开小区的大门，又撬开单元门，最后将住户的防盗门撬开，打开前两扇门对住户财产并没有现实侵害的紧迫性，但防盗门被撬，就已开始对法益有现实侵害的紧迫性，属于着手，进入到实行阶段，开始了实行行为。

### 真题示例

(2006-2-54) 下列哪些选项是错误的？

A. 甲、乙二人合谋抢劫出租车，准备凶器和绳索后拦住一辆出租车，谎称去郊区某地。出租车行驶到检查站，检查人员见甲、乙二人神色慌张便进一步检查，在检查时甲、乙意图逃离出租车被抓获。甲、乙二人的行为构成抢劫（未遂）罪

B. 甲深夜潜入某银行储蓄所行窃，正在撬保险柜时，听到窗外有响动，以为有人来了，因害怕被抓就悄悄逃离。甲的行为构成盗窃（未遂）罪

C. 甲意图杀害乙，经过跟踪，掌握了乙每天上下班的路线。某日，甲准备了凶器，来到乙必经的路口等候。在乙经过的时间快要到时，甲因口渴到旁边的小卖部买饮料，待甲返回时，乙因提前下班已经过了路口。甲等了一阵儿不见乙经过，就准备回家，在回家路上因凶器暴露被抓获。甲的行为构成故意杀人（未遂）罪

D. 甲意图陷害乙，遂捏造了乙受贿10万元并与他人通奸的所谓犯罪事实，写了一封匿名信给检察院反贪局。检察机关经初查发现根本不存在受贿事实，对乙未追究刑事责任。甲欲使乙受到刑事追究的意图未能得逞。甲的行为构成诬告陷害（未遂）罪

答案：ACD。

解析：犯罪预备与犯罪未遂的重要区别在于是否着手实施了犯罪。根据《刑法》的一般理论，“着手实行犯罪”的“着手”，就是开始实施具体犯罪构成要件客观方面行为的一刹那，一般认为，在奔赴犯罪途中，尾随、跟踪被害人或者埋伏守候被害人，都属于未着手实施犯罪。故本题中的A、C选项都属于未着手实施犯罪的犯罪预备情形。而B项中甲正在撬保险柜，已经着手实施盗窃罪构成要件客观方面行为，由于意志以外的原因而未得逞，应为盗窃（未遂）罪；B项正确；D项中，诬告陷害属于行为犯，不以被害人受到刑事处分为必要，故甲的行为构成诬告陷害（既遂）罪。故本题应选ACD。

### 重点法条

第二十三条 已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。

对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

### 法条精解

#### 1. 犯罪未遂的特征

##### (1) 已经着手实行犯罪

着手是犯罪实行行为的起点。上面已经说过，着手又两个指标：其一，行为人开始实施了分则条文规定的行为。其二，对法益有现实侵害的紧迫性。不同的犯罪，其实行行为是不同的，所以着手的特点也不一样。即使是相同的犯罪，由于方式或场合的不同，“着手”的表现形式也有所不同。总之，也根据上述两个指标具体问题具体分析。





## (2) 犯罪未得逞

“未得逞”不等于不发生任何损害结果，是指没有具备刑法分则条文规定的某一犯罪构成的全部要件。这是未遂和既遂区别的关键。如果由于意志以外的原因没有完全实现分则所规定的犯罪构成的全部要件，这就是未遂；如果完全实现了就是犯罪既遂。

关于犯罪未得逞，一般可以概括为如下三类。①结果犯。以法定的危害结果是否发生作为犯罪是否得逞的标志。如故意杀人罪，刑法分则规定以死亡结果发生作为完成的标志，如果行为人实施了故意杀人行为，但被害人未死，就属于犯罪未遂。②危险犯。以是否发生了法定的危险状态作为犯罪是否得逞的标志。这种情况比较多的是公共安全的犯罪，如放火、爆炸、投放危险物质罪。这里需要说明的是，危险犯中的危险必须要达到一定程度，才能构成既遂，否则是未遂。③行为犯。以行为是否完成作为犯罪是否得逞的标志。比如生产、销售有毒、有害食品罪，只要实施完生产、销售有毒、有害食品的行为，无论是否出现了危害结果，都构成既遂。

## (3) 由于意志以外的原因而没有既遂

这是未遂犯和中止犯的区别。这个意志以外的原因指并非出于行为人的意愿而是遭遇客观障碍，被迫停止于既遂之前。比较常见的意志以外的原因如：①被害人强烈的反抗，比如抢劫时，反而被被害人打昏。②第三人的出现、制止、抓获，如警察的制止。③自身能力的不足，比如晕血，杀人时一见血就晕倒了。④自然力的破坏，如放火时突然下雨无法点着目的物。⑤认识错误。如由于对象的错误、工具的错误而没有能够既遂的，如把男人当女人给强奸的。

## 2. 犯罪未遂的种类

### (1) 实行终了的未遂与未实行终了的未遂

根据犯罪人自认为的犯罪行为是否实施完毕，分为实行终了的未遂和未实行终了的未遂。实行终了的未遂，是指犯罪人自以为把完成犯罪的必要的行为都实行完毕，但没有能够既遂的情形。比如行为人在他人碗里投毒然后离去，但被害人在吃饭时饭被狗打翻，而未吃。从行为人的主观想法来看，他认为其犯罪行为已经实施完了。未实行终了的未遂，是指犯罪人还未将他人未实施犯罪所必须的全部行为实施终了，就归于未遂的情形。比如正在杀人时被抓获。这两种未遂的分类标准是犯罪人的主观想法，以他自己自认为是否实施完毕为标准，但是犯罪人的主观想法不能超越犯罪构成的限制，比如行为人杀人后想碎尸，正在实施碎尸行为时就被警察抓获，这就不能认为是未实施终了的未遂，而根本就是故意杀人罪的既遂。

### (2) 能犯未遂与不能犯未遂

以犯罪行为实际上能否达到既遂状态为标准可分为能犯未遂与不能犯未遂。能犯的未遂，就是有既遂可能，只是由于遇到了意志以外的原因而没有既遂。不能犯的未遂，是指犯罪在具体情况下根本就不可能既遂的情况。不能犯未遂又可以分为两种情况：①工具不能犯的未遂，如把白糖当砒霜进行投毒；②对象不能犯的未遂，如将死人当活人给杀害。

## 3. 犯罪未遂与犯罪预备的区别

犯罪未遂与犯罪预备都属于犯罪的未完成形态，即都没有既遂，二者都是由于意志以外的原因没有既遂。区别的标志是是否“着手”实行行为。预备是进行了犯罪准备，但是由于意志以外的原因而没有能够“着手”；而未遂是已经“着手”实行犯罪，由于意志以外的原因而没有既遂。具体判断犯罪的“着手”时因罪而异。具体犯罪着手的判断取决于刑法分则的具体规定。对抢劫罪而言，开始针对财物持有人施加暴力、胁迫的行为是抢劫的着手；对故意杀人罪而言，开始能够剥夺他人生命的行为是杀人的着手；对盗窃罪而言，开始秘密窃取的行为，也就是能够取得对财物控制的行为是盗窃罪的着手；对敲诈勒索罪而言，为索要财物开始发出威胁行为是敲诈勒索罪的着手；对绑架罪而言，为扣押人质而开始暴力控制他人人身自由的行为是绑架罪的着手。而在着手之前，对被害人进行调查、了解、练习犯罪的技能、排除犯罪的障碍、蹲点守候被害人、接近犯罪对象、勾结共犯、准备工具，等等，均属于准备行为。如果意志以外的原因而没有能够着手，属于犯罪预备。

## 真题示例

(2009-2-52) 甲欲枪杀仇人乙，但早有防备的乙当天穿着防弹背心，甲的子弹刚好打在防弹背心上，乙毫发无损。甲见状一边逃离现场，一边气呼呼地大声说：“我就不信你天天穿防弹背心，看我改天不收拾你！”关于本案，下列哪些选项是正确的？





- A. 甲构成故意杀人中止
- B. 甲构成故意杀人未遂
- C. 甲的行为具有导致乙死亡的危险，应当成立犯罪
- D. 甲不构成犯罪

答案：BC。

解析：本题考核故意杀人罪的中止和未遂的区分。根据《刑法》第23条第1款规定，甲已经着手实行枪杀行为，但由于乙正好穿着防弹背心，未发生乙死亡的结果，这是由于甲意志以外的原因而未得逞，甲构成故意杀人未遂。故A项错误，B项正确。甲的行为已经具备社会危害性、刑事违法性及应受刑罚处罚性，成立犯罪。故C项正确，D项错误。

## 重点法条

第二十四条 在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。

对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。

## 法条精解

### 1. 犯罪中止的概念和种类

《刑法》第24条第1款规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。”据此，犯罪中止存在两种情况：①未实行终了的中止，即在预备阶段或者实行行为还没有实行终了的犯罪过程中自动放弃犯罪；②实行终了的中止，即在实行行为终了的情况下自动有效地防止犯罪结果发生。

### 2. 犯罪中止的特征

#### (1) 中止的及时性

犯罪中止必须发生在犯罪过程中，即自开始实施犯罪预备行为到犯罪既遂之前（预备阶段、实行阶段、实行后阶段都可成立中止）。需要注意如下几个问题：

① 犯罪既遂以后自动返还原物。比如某人盗窃之后非常后悔，又把原物返回的，这只能算犯罪后的悔罪表现，不能成立犯罪中止。

② 未遂之后不可能再成立中止。在犯罪阶段停下来，就不会再向前发展，因此如果犯罪过程中遭遇客观障碍，明显地告一段落归于未遂的，属于未遂，而不成中止。比如丙对仇人王某猛砍20刀后离开现场。2小时后，丙为寻找、销毁犯罪工具回到现场，见王某仍然没有死亡，但极其可怜，即将其送到医院治疗，丙的行为就不属于犯罪中止，而是犯罪未遂。

③ 自动放弃可重复加害的行为，成立中止。如甲某欲杀死乙某，第一发子弹击中乙某腿部，第二发子弹打中乙某的腹部，乙某随即倒地，痛苦不堪，甲某见状，未再继续枪杀，在这种情况下，无论是几个枪击的举动都属于一个整体的故意杀人行为，在这个行为过程中自动停止，是可以成立犯罪中止的。自动放弃可重复加害行为与未遂之后不能成立中止的区别在于，前者行为并未中断，开枪行为与事后的放弃行为没有时空的阻断，而后者，在行为的发展进程中时空有明显的阻断。

#### (2) 中止的有效性

犯罪中止必须是没有发生既遂标志的犯罪结果。行为人虽然自动放弃犯罪或者自动采取措施防止结果发生，但如果发生了作为既遂标志的犯罪结果，就不成立犯罪中止。

这主要注意区分两种情况：

① 在未实行终了的情况下（预备阶段和实行阶段），自动放弃犯罪行为。由于犯罪行为还没有实行终了，因此只要消极的不再继续犯罪，就可以避免结果发生，成立犯罪中止。

② 在实行终了但犯罪结果还未发生的情况下（实行后阶段的中止），由于行为和结果有一段时间，此时如果要成立中止，必须积极地防止犯罪结果的发生。比如妻子为毒死丈夫，投毒之后见丈夫非常痛苦，于是将丈夫送往医院，但到医院时，丈夫已经死亡。这就不是中止，而是犯罪既遂。

#### (3) 中止的自动性

中止必须是自动放弃犯罪，是在认为能够完成犯罪的情况下，出于本人意志自动停止犯罪。自动性是中止与犯罪预备、犯罪未遂的最大区别。

通常认为，可以根据弗兰克公式来判断中止的自动性。“能达目的而不欲”是中止，而“欲达目的而不



能”是犯罪未遂或犯罪预备。此处的“能”、“欲”应采行为人的主观标准。如果行为人主观上自认为能够完成犯罪，但客观上注定要失败的情况下，自动放弃犯罪的，也算自动停止。如甲在撬保险柜，撬着撬着良心发现放弃了，但事实上保险柜里分文没有，从主观标准出发，这也属于“能达目的而不欲”，是犯罪中止。相反，如果行为人主观上自认为无法完成犯罪，但客观上是可以完成的，放弃犯罪，这应当理解为被动放弃，不属于自动中止。比如行为人撬保险柜，结果有人打电话告诉他柜子里什么也没有，于是他放弃了，但其实柜子里有大量现金。从行为人的主观标准出发，这显然是“欲达目的而不能”，属于犯罪未遂。

需要说明的是，在司法实践中，如果确实无法得知行为人的主观想法，就不得不以常人的观点来判断行为人的想法，“能”还是“不能”，“欲”还是“不欲”，这在司法考试中，尤为普遍。

兹举几例：①行为人在实施强奸过程中，女方谎称来月经，男方放弃；②行为人欲拐卖某女，女方谎称有性病，行为人放弃（2004年多选）③行为人黑夜中携带凶器拦路抢劫，结果发现是自己的熟人，于是赔礼道歉，放弃抢劫（2003年单选）。

### 3. 犯罪中止和犯罪未遂的区分

犯罪未遂是指已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未完成犯罪的行为。犯罪未遂有三个显著特征：①已经着手实施犯罪；②犯罪未得逞；③由于犯罪分子意志以外的原因而被迫停止犯罪。

而犯罪中止是指犯罪分子在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的形态。犯罪中止有两个特点：①在犯罪过程中自动放弃犯罪。这是典型的犯罪中止形态。②在犯罪过程中自动有效地避免危害结果的发生。这是犯罪中止的特殊情况，只能发生在犯罪过程中的实行阶段，而且往往发生在危害行为实行终了之后、犯罪结果发生之前的特定期间，其特征是犯罪结果由于犯罪分子积极采取有效措施而未发生有害后果。

### 4. 中止的处罚

《刑法》第24条规定：对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。比如妻子为毒死丈夫，投毒之后见丈夫非常痛苦，于是将丈夫送往医院，后丈夫被抢救活了，但却成了植物人。这是故意杀人罪的犯罪中止，应当减轻处罚。千万不能认为这是故意伤害罪的既遂。因为行为人的本意是想杀害丈夫，而非伤害丈夫。

还要注意的是中止的转化，这也可能和中止的处罚联系在一起考察。比如行为人实施强奸行为，但女方来月经，于是行为人要求对女方实施猥亵，后实施了猥亵行为。这其实是两个不同的犯罪，强奸罪成立中止，由于没有造成损害，应当免除处罚，但强制猥亵妇女罪成立既遂。

## 真题示例

1. (2009-2-5) 甲因父仇欲重伤乙，将乙推倒在地举刀便砍，乙慌忙抵挡喊着说：“是丙逼我把你家老汉推下粪池的，不信去问丁。”甲信以为真，遂松开乙，乙趁机逃走。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲不成立故意伤害罪
- B. 甲成立故意伤害罪中止
- C. 甲的行为具有正当性
- D. 甲成立故意伤害罪未遂（不能犯）

答案：B。

解析：本题考核犯罪中止。

我国《刑法》并没有规定复仇行为是正当行为，甲的行为属于犯罪行为，成立故意伤害罪，排除AC。犯罪中止的本质是“能达目的而不欲”；犯罪未遂的本质是“欲达目的而不能”。本题中，甲在实施犯罪过程中虽然遇到意志以外的障碍，但该障碍并不足以将其行为停止下来，甲完全可以继续实施伤害行为，但甲松开了乙，这种行为应认定为甲出于自己内心的考虑放弃犯罪，故成立犯罪中止，排除D项。本题的正确答案为B。

2. (2003-2-2) 甲携带凶器拦路抢劫，黑夜中遇到乙便实施暴力，乙发现是自己的熟人甲，便喊甲的名字，甲一听便住手，还向乙道歉说：“对不起，认错人了。”甲的行为属于下列哪一种情形？

- A. 实行终了的犯罪未遂
- B. 预备阶段的犯罪中止
- C. 未实行终了的犯罪未遂
- D. 实行阶段的犯罪中止

答案：D。

解析：已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。此题情形不属于犯罪未遂。在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。犯罪中止存



在两种情况：一是在犯罪预备阶段或者在实行行为还没有实行终了的情况下，自动放弃犯罪；二是在实行行为实行终了的情况下，自动有效地防止犯罪结果的发生。此题情形属于前者。但前者还包含两种情形，一种是预备阶段的中止，一种是实行阶段的中止，实行行为是刑法分则所规定的具体犯罪构成要件的行为，很明显，甲对乙实施暴力，已开始实施分则所规定的抢劫罪构成要件的行为，故选 D。

## 重点法条

第二十五条 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。

## 法条精解

### 1. 共同犯罪的概念

共同犯罪是二人以上共同故意实施的犯罪。共同犯罪的特殊性表现在它比单独犯罪的危害程度更为严重。刑法关于共同犯罪的规定，要求我们特别注意以下几点：一是共同犯罪的主客观统一性。共同犯罪要求二人以上既有共同故意，又有共同行为。二是共同犯罪的整体性。共同犯罪是二人以上在共同故意支配下实施犯罪行为形成的一个有机整体，不是各人行为的简单相加。司法实践与刑法理论都不能孤立地看待各共犯人的行为。三是共同犯罪类型、共同犯罪人的差异性。共同犯罪的类型不同，其危害程度便不同，如集团共同犯罪的危害程度通常重于一般共同犯罪的危害程度。共同犯罪是二人以上共同故意犯罪，但各共犯人在共同犯罪中所起的作用不同，因此需要区别对待。

### 2. 共同犯罪的成立的三个条件

(1) 二人以上，必须是符合犯罪主体要件的人。这里所说的“人”，既包括自然人，也包括单位。因此，单位与单位、自然人与自然人、自然人与单位可以成立共同犯罪。

(2) 必须有共同犯罪的故意。共同犯罪的故意是一种意思联络，它有两个因素：一个是认识因素，它是指共同犯罪人不仅认识到自己在故意地实施犯罪，而且还认识到有其他犯罪人和自己一起共同配合实施犯罪。二是意志要素，共同犯罪人明知共同犯罪行为会造成危害社会的结果，仍然希望或放任结果的发生。这种共同犯罪的故意，使他们之间的行为彼此联系，相互配合。比如两人约好去打人，一人想伤害，而另一人想杀人，因此两者不具有故意杀人的故意，不能成立故意杀人罪的共同犯罪，但在伤害的故意范围内还是可以成立共同犯罪的。

(3) 必须有共同犯罪的行为。共同犯罪的行为是指各共同犯罪人的行为都是指向同一目标，彼此联系、互相配合，成为一个犯罪行为整体，而且应该符合同一个犯罪构成为前提。共同犯罪行为包括实行行为和非实行行为。所谓实行行为，也就是刑法分则规定的具体构成要件行为。而非实行行为，指并非刑法分则所规定的构成要件的行为，比如教唆他人杀人，这并不属于《刑法》第 232 条规定的故意杀人行为，按照《刑法》第 232 条本来是无法处理的，但因为有了总则教唆的规定，导致这种非实行行为具有了处罚性，所以对非实行行为的处罚依据的是一种修正的构成要件。非实行行为包括教唆行为、帮助行为和组织行为。这里特别要注意，如果只有共谋行为，但并未实际参与犯罪，这也可成立共同犯罪。如 2000 年的试题，甲与乙共谋共同杀丙，但届时乙因为生病而没有前往犯罪地点，由甲一人杀死丙，虽然乙没有实际参与，但他参与了与甲的共谋，至少在精神上帮助了对方，因此成立共同犯罪。

### 3. 不属于共同犯罪的情况

(1) 共同过失犯罪的不成立共同犯罪。因为共同犯罪之所以比单独犯罪具有更大的社会危害性，在于它是基于共同犯罪故意结成的犯罪活动的整体。而过失犯罪的特点决定了共同过失犯罪不可能具有共同犯罪所要求的那种整体性。共同过失犯罪时，只要根据各人过失犯罪的情况分别定罪量刑即可。不需要以共同犯罪论处。《刑法》第 25 条第 2 款规定：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”

(2) 故意犯罪行为与过失犯罪行为不成立共同犯罪。如看守所值班武警擅离职守，重大案犯趁机脱逃。前者为过失，后者为故意，客观上虽有一定联系，但不是在共同故意支配下结成的有机整体，因此不成立共同犯罪。故意（过失）行为与无罪过行为，更不可能成立共同犯罪。

(3) 同时犯不成立共同犯罪。同时犯是指二人以上同时以各自行为侵害同一对象，但彼此之间无意思联络的情况。如甲、乙二人趁商店失火之机，不谋而合地同时到失火地点窃取商品。由于甲、乙二人主观上没有相互联络，因而不成立共同犯罪。



(4) 先后故意实施相关犯罪行为，但彼此没有主观联系的，不成立共犯。例如，甲先到丙家窃取一台彩色电视机，乙后到丙家窃取一辆摩托车。二人虽然实施了相同的盗窃行为，且都是在丙家作案，但由于缺乏“共同”故意，故不成立共同犯罪。

(5) 二人以上共同实施没有重合内容的不同犯罪的，不成立共同犯罪。例如，甲、乙二人共雇一条船走私，甲走私毒品，乙走私淫秽物品。由于二人的故意内容及行为性质不属于同一犯罪构成，而是分别构成走私毒品罪与走私淫秽物品罪，也没有重合的内容，所以不可能成立共同犯罪。但是，如果甲、乙二人分别为对方的走私行为实施了帮助行为或者为共雇一条船走私进行了共谋，则构成上述两罪的共犯。

(6) 超出共同故意之外的犯罪（实行犯过限），不是共同犯罪。例如，甲教唆乙盗窃丙女的财物，乙除实施盗窃行为外，还强奸了丙女，甲对此毫不知情。甲、乙二人固然成立盗窃罪的共犯，但不成立强奸罪的共犯。

(7) 事前无通谋的窝藏、包庇、窝藏赃物、销售赃物等行为，不构成共同犯罪。但如果事前有通谋的，则成立共同犯罪（参见《刑法》第310条第2款）。

#### 4. 共同犯罪的形式

共同犯罪的形式也即共同犯罪的结构，是指各共犯人的故意犯罪行为之间相互联系、相互作用的方式。我国刑法规定的共同犯罪形式主要有以下三种：

(1) 一般共同犯罪是指二人以上没有组织形式的共同犯罪。现实中的大部分共同犯罪也都表现为一般共同犯罪。

(2) 聚众共同犯罪。聚众共同犯罪是由首要分子组织、策划、指挥众人所实施的共同犯罪。“聚众”是实施犯罪的形式。聚众犯罪有如下特点：①参与人的复杂性。主要表现在：必须有3人以上参与，有首要分子，即在犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。②行为的公然性。聚众犯罪由于人多势众，常使犯罪处于可见可闻的情况，首要分子正是要利用这一点来实现自己的犯罪意图。③行为的多样性。由于参与人复杂，使得聚众犯罪行为呈现多样性的特点。

但值得注意的是聚众犯罪与聚众共同犯罪不是等同的概念。根据刑法规定，聚众犯罪可以分为两类：一类是属于共同犯罪的聚众犯罪。如《刑法》第317条第2款规定的聚众持械劫狱罪，其首要分子、积极参加者与其他参加者，都具有共同犯罪故意与共同犯罪行为，均应承担刑事责任，因而符合共同犯罪的成立条件。另一类聚众犯罪是否属于共同犯罪，则要依案件的具体情况而定。例如，《刑法》第291条规定的聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，《刑法》规定只处罚首要分子，故只有首要分子的组织、策划、指挥行为是犯罪行为。当首要分子为2人以上，共同组织、策划、指挥聚众犯罪时，构成共同犯罪自不待言。但当首要分子只有一人时，就是一人以聚众方式犯罪，无共同犯罪可言。由此可见，聚众犯罪不一定是共同犯罪。

(3) 集团共同犯罪。集团共同犯罪，简称集团犯罪，是指3人以上有组织地实施的共同犯罪。实施犯罪的集团组织，称为犯罪集团。犯罪集团是3人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织。犯罪集团通常具有以下特征：①人数较多。即3人以上，二人不足以成为集团。②较为固定。表现在有明显的首要分子；重要成员固定或基本固定。③以从事犯罪活动为目的。

### 真题示例

1. (2009-2-7) 甲、乙共谋行抢。甲在偏僻巷道的出口望风，乙将路人丙的书包（内有现金一万元）一把夺下转身奔逃，丙随后追赶，欲夺回书包。甲在丙跑过巷道口时突然伸腿将丙绊倒，丙倒地后摔成轻伤，甲、乙乘机逃脱。甲、乙的行为构成何罪？

A. 甲、乙均构成抢夺罪

B. 甲、乙均构成抢劫罪

C. 甲构成抢劫罪，乙构成抢夺罪

D. 甲构成故意伤害罪，乙构成抢夺罪

答案：C。

解析：本题考核共同犯罪的认定。本题“甲、乙共谋行抢”，并没有明确说明是共谋抢劫，故不能以共同抢劫作为判断标准。甲乙二人没有形成抢劫的共同故意，此时认定为抢夺的共同故意更合适，属于共犯中“过限行为”，也就是说甲属于在共同抢夺中单独使用暴力转化为抢劫罪的情况，乙没有使用暴力的共同故意，仍属抢夺罪。故本题的正确答案为C项。

2. (2002-2-32) 甲、乙共谋伤害丙，进而共同对丙实施伤害行为，导致丙身受一处重伤，但不能查





明该重伤由谁的行为引起。对此，下列哪些说法是错误的？

- A. 由于证据不足，甲、乙均无罪
- B. 由于证据不足，甲、乙成立故意伤害（轻伤）罪的共犯，但都不对丙的重伤负责
- C. 由于证据不足，认定甲、乙成立过失致人重伤罪较为合适
- D. 甲、乙成立故意伤害（重伤）罪的共犯

答案：ABC。

解析：共同犯罪的特点是须两个人以上，有共同的故意、有共同的行为。“甲、乙共谋伤害丙，进而共同对丙实施伤害行为”，因此甲乙属于共同犯罪。虽然最终到底是谁的直接攻击行为导致丙重伤无法查清，但是这并不重要。在共同犯罪中，共同的犯罪行为是由每个犯罪人的单个的犯罪行为所组成的一个有机的整体。犯罪的危害结果是由共同的犯罪行为所引起的，因此在共同犯罪中共同的犯罪行为作为一个整体和犯罪的危害结果之间存在因果关系。每一个单个的犯罪人的行为也和犯罪的危害结果之间存在因果关系。因此，作为共同犯罪人的甲乙2人均应构成故意伤害罪。因此选ABC三项。

## 重点法条

第二十六条 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。

3人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。

对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。

对于第三款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二十七条 在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

第二十八条 对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

第九十七条 本法所称首要分子，是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子

## 法条精解

### 1. 主犯、从犯和胁从犯的判断

一般说来，组织犯都是主犯；帮助犯都是从犯；实行犯较多认定为主犯，尤其是犯罪后果的主要造成者一般是主犯，但是作用明显较小的实行犯可以是从犯；教唆犯一般是主犯，如果共同犯罪人的作用不相上下，难以判断作用大小的，可以都当做主犯处罚，但是不可以都当做从犯处理。

### 2. 犯罪集团

犯罪集团是3人以上为了实施一种或几种犯罪而组织起来的共同犯罪组织。它是共同犯罪的一种特殊形式。

构成犯罪集团须具备下列条件：①必须是3人以上，重要成员固定或基本固定，并有明显的首要分子；②有共同的目的、计划、分工和较固定的组织联系；③犯罪集团组成的目的，一般是为了进行一种或几种需要较多的人或较长的时间才能完成的重大犯罪活动。

根据这一规定，犯罪集团具有以下三个主要特征：

（1）犯罪集团由3人或者3人以上组成。3人以上组成犯罪集团的目的是为了共同实施犯罪。在这一点上，犯罪集团与黑社会组织以及犯罪团伙并无明显的区别。实践中的实际情况是，犯罪集团的人数常常比犯罪团伙多，而又比黑社会组织少一些。当然，也有一些小型的犯罪集团，人数比犯罪团伙少得多，而一些较大规模的犯罪团伙人数比较多。

（2）犯罪组织比较固定。犯罪集团具有组织固定的特征，这是与犯罪团伙相区别的重要特征，犯罪团伙的组织成员不固定，团伙成员经常迅速地发生变化，虽然有一两个或者几个核心成员，但是没有明显的首要分子。犯罪集团的组织固定性、稳定性，主要表现为集团内部成员固定，有明显的首要分子，即所谓首领、头儿，犯罪集团在首要分子的组织、领导下形成统一的组织形式与纪律，进而实施各种较为严重的犯罪活动。在这一点上，犯罪集团与犯罪团伙、黑社会组织形成明显的区别。犯罪团伙内部一般没有明显的纪律性，而黑社会组织表现出更强的纪律性，组织结构更为稳定，首要分子常常构成对组织成员的相当





强的人身控制，一般成员形成对于黑社会组织首要分子、骨干分子的依附关系。

(3) 犯罪集团有预谋、有计划地实施犯罪活动。无论是团伙犯罪、集团犯罪，还是黑社会组织犯罪，均是共同犯罪。团伙犯罪是一般共同犯罪的一部分，一般没有领导与被领导关系，只有少数团伙犯罪存在一种不稳定、不固定的领导与被领导关系。集团犯罪是在首要分子的组织、领导下，在一个相对较长的时期内，统一地实施各种各样的有组织的犯罪活动。当然，小型犯罪集团的首要分子往往既是犯罪活动的领导者、组织者，也是犯罪活动的直接参与者。常见的实际情况是，犯罪集团实施的犯罪次数相对较少，而黑社会组织实施犯罪的次数明显地要多。一些犯罪集团会表现为专业化的特征，但是远没有专业化的黑社会组织突出。

### 3. 首要分子

犯罪集团的首要分子是指在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。首要分子是以犯罪集团存在为前提，在犯罪集团中既可以在幕前指挥，也可以在幕后指挥。犯罪集团的首要分子要比其他主犯具有更大的社会危害性和危险性，是在共同犯罪中从重打击的对象。根据刑法的规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚，即首要分子要对他所组织、领导的犯罪集团进行犯罪活动的全部罪行承担刑事责任。确立这一原则，是因为首要分子是犯罪集团中出谋划策，计划安排犯罪，指挥其他集团成员实施犯罪活动的人，因此集团所犯的全部罪行都在首要分子的主观犯罪故意之中，也都是在他的组织、领导、指挥之下实施的，理应对集团所犯的全部罪行承担刑事责任。但是，如果犯罪集团中某个或某些成员超出在该犯罪集团预谋实施的犯罪以外独立实施了其他犯罪行为，对这一行为首要分子不承担刑事责任，由实施该犯罪行为的成员个人负责。

### 真题示例

1. (2005-2-8) 根据我国《刑法》规定，下列关于首要分子的表述哪一项是正确的？

- A. 首要分子只能是组织领导犯罪集团的人
- B. 首要分子只能是在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子
- C. 首要分子都是主犯
- D. 首要分子既可以是主犯，也可以不是主犯

答案：D。

解析：《刑法》中规定的首要分子既包括组织、领导犯罪集团的犯罪分子（在共同犯罪中起主要作用，是主犯），也包括在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子（在一些聚众犯罪如聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪中，《刑法》只处罚首要分子，可能不构成共同犯罪，也就无主从犯的划分），所以前三个选项的说法都是片面的。

2. (2002-2-37) 下列有关主犯、从犯、胁从犯的说法，哪些是错误的？

- A. 胁从犯是指被胁迫、被诱骗参加犯罪的人
- B. 首要分子不一定是主犯
- C. 在共同犯罪中不可能只有从犯而没有主犯
- D. 对于从犯，应当比照主犯从轻、减轻或者免除处罚

答案：AD。

解析：根据《刑法》第28条规定，胁从犯只是被胁迫参加犯罪的人，而不包括被诱骗参加犯罪的人，因此A项错误。《刑法》第27条第2款规定的“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”是指根据从犯在共同犯罪中所起的作用，直接依照法律规定，比照该共同犯罪行为所对应的法定刑从轻、减轻处罚，或则免除处罚。因而选项D项错误。在聚众犯罪并不构成共同犯罪的情况下，刑法规定只处罚首要分子（见《刑法》第289条第2句，第291条，第242条），而且首要分子只有一个人时，不存在主犯、从犯之分，其中的首要分子当然无所谓主犯。因此选项B项正确。在共同犯罪中，从犯是与主犯相比较而划分的共犯人范围，没有主犯也就无所谓从犯，因此，选项为C。

### 重点法条

第二十九条 教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。



## 1. 教唆犯的概念

教唆犯是指故意唆使他人使其产生犯罪意图的犯罪分子。即自己并不亲自参加某种犯罪，而是以自己的言行去引起他人产生犯罪意图，通过他人去实施犯罪。对于教唆犯应当根据教唆的内容定罪，没有“教唆罪”这个罪名。教唆他人盗窃的，定盗窃罪；教唆他人杀人的，定故意杀人罪。教唆犯突出特点是本人不亲自实施犯罪，而是故意唆使他人产生犯罪意图、决定实施犯罪。教唆犯是共同犯罪人中最复杂的一种类型，社会危害性大。应当注意当刑法分则条文将教唆他人实施特定犯罪的行为规定为独立犯罪时，对教唆者不能依所教唆的罪定罪，而应依照分则条文规定的犯罪定罪，不适用刑法总则关于教唆犯的规定（参见《刑法》第104条第2款。教唆行为单独规定为犯罪行为：教唆他人吸毒罪；引诱卖淫罪、引诱幼女卖淫罪；妨害作证罪。妨害作证罪中的教唆者成立妨害作证罪，被教唆者成立伪证罪，各自承担相应罪名，不按共犯处理，是特例。）

## 2. 教唆犯具有以下特点

(1) 必须具有引起他人产生犯罪意图的教唆行为。也就是用劝说、怂恿、利诱、收买、威胁等方法，将自己的犯罪意图灌输给本无犯罪意图，或虽有犯罪意图但不坚定的人，使他人接受自己犯罪意图，坚定犯罪的决心，以达到犯罪的目的。如果是对已经决定犯罪的人再用言辞鼓励，促其顺利实施犯罪，该种行为属于帮助犯罪，不属于教唆犯。

(2) 必须具有教唆他人犯罪的故意，过失不能构成教唆犯。即明知自己的教唆行为会引起他人产生犯罪的意图，进而实施犯罪，并且希望或者放任他人去犯罪。如果由于言词不慎，无意间说的一些话，引起了他人的犯罪意图，导致了犯罪的发生，不能认为是教唆犯。

## 3. 教唆犯的刑事责任

根据刑法的规定，教唆犯的刑事责任可以分为以下三种情况：

(1) 教唆他人犯罪，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。所谓教唆犯在共同犯罪中的作用，是指教唆行为在共同犯罪中所占的地位和它的实际危害，即教唆犯教唆的方法、手段、教唆的程度，对完成共同犯罪所起的作用，及其在实施所教唆的犯罪中所起的作用。由于教唆犯在共同犯罪中所起的作用不同，其行为的危害程度也不同，在处罚上也应有所不同，对在共同犯罪中起主要作用的应按照《刑法》关于主犯的处罚规定处罚。

(2) 教唆不满18周岁的人犯罪，应当从重处罚。这主要是因为未成年人的发育不够成熟，辨别是非的能力较差，易受坏人教唆而陷入犯罪的歧途，所以教唆未成年人犯罪本身就是一种严重的犯罪行为，具有更大的社会危害性。为了保护青少年的健康成长，打击坏人对他们的腐蚀，法律作了特别规定。

(3) 如果被教唆人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。所谓“被教唆人没有犯被教唆的罪”包括以下几种情况：①被教唆人拒绝教唆犯的教唆的；②被教唆人虽然接受了教唆，但是没有实施犯罪行为的；③被教唆人实施犯罪并不是教唆犯的教唆行为所致；④被教唆者所实施的犯罪与教唆的性质不同。

(4) 部分犯罪共同中的教唆犯：如甲教唆乙盗窃，乙转化为抢劫的。根据部分犯罪共同说，只要被教唆的罪，在规范意义上包含了教唆犯所教唆之罪，那么，教唆犯与被教唆犯性质重合的部分成立共同犯罪，对此种教唆犯不适用《刑法》第29条第2款——也就是说这种情况下不认定为理论上的“教唆未遂”。

## 真题示例

(2009-2-6) 关于教唆犯，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲唆使不满16周岁的乙强奸妇女丙，但乙只是抢夺了丙的财物一万元后即离开现场，甲应成立强奸罪、抢夺罪的教唆犯
- B. 教唆犯不可能是实行犯，但可能是帮助犯
- C. 教唆他人吸食、注射毒品的，成立吸食、注射毒品罪的教唆犯
- D. 有的教唆犯是主犯，但所有的帮助犯都是从犯

答案：D。

解析：本题考核教唆犯的特点。在A项中，被教唆的人在犯罪时超出了被教唆之罪的范围，教唆犯只对自己所教唆的犯罪承担刑事责任，故A项说法错误。甲不构成抢夺罪的教唆犯，属于强奸罪的教唆未遂。



教唆犯也可以是实行犯。例如：甲教唆乙抢劫，甲同样也实施了抢劫行为，此种情况下，甲既是教唆犯，也是实行犯。因此，B项错误。在刑法分则中，某些教唆行为直接按照犯罪实行行为处理，直接依据刑法分则的规定定罪，不再适用刑法总则关于教唆犯的规定。在C项中的“教唆他人吸食、注射毒品的”应该按照《刑法》第353条的规定直接定罪处罚，而不能再按照刑法总则关于教唆犯的规定来认定。因此，C项错误。在D项中，对于教唆犯应当按照他在共同犯罪中所起的主次作用来处罚。如果起主要作用，就按主犯处罚；如果起次要作用，就按从犯处罚。所以“有的教唆犯是主犯”的说法正确。根据刑法规定，在共同犯罪中起次要或者辅助作用的是从犯，其中起辅助作用的犯罪分子，通常就是指帮助犯，所以D项后半句也是正确的，故D项说法正确。

## 重点法条

**第三十条** 公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

**第三十一条** 单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。

#### 《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》

1. 刑法第三十条规定的“公司、企业、事业单位”，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。

2. 个人为进行犯罪违法活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。

3. 盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施单位的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚

#### 《最高人民法院关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯的批复》

在审理单位故意犯罪案件中，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可不区分主犯，从犯，按照其在单位犯罪中所起的作用处罚。

#### 《最高人民法院研究室关于外国公司、企业、事业单位在我国领域内犯罪如何适用法律问题的答复》

符合我国法人资格条件的外国公司、企业、事业单位，在我国领域内实施危害社会的行为，依照我国《刑法》构成犯罪的，应当依照我国《刑法》关于单位犯罪的规定追究刑事责任。

个人为在我国领域内进行违法犯罪活动而设立的外国公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者外国公司、企业、事业单位设立后在我国领域内以实施违法犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。

## 法条精解

### 1. 单位犯罪的概念

单位犯罪，一般是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位或者本单位全体成员谋取非法利益，由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，由直接责任人员具体实施的犯罪。

### 2. 单位犯罪的特点

(1) 单位犯罪是公司、企业、事业单位、机关、团体犯罪，即是单位本身犯罪，而不是单位的各个成员的犯罪之集合。单位依赖于其成员而存在，如果没有成员，单位就不可能存在；反之，单位的任何成员，如果脱离了单位，就不具有其在单位中的地位与性质，不再作为单位的成员起作用，只是孤立的个人。

(2) 单位犯罪是由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，由直接责任人员实施的。单位犯罪虽然是单位本身犯罪，但具体犯罪行为需要决定者与实施者。单位犯罪是在单位整体意志支配下实施的。单位意志不是单位内部某个成员的意志，也不是各个成员意志的简单相加，而是单位内部成员在相互联系、相互作用、协调一致的条件下形成的意志，即单位的整体意志。从形式上说，这种整体意志是由单位的决策机构按照单位的决策程序形成的；从法律上说，这种整体意志就是单位整体的罪过。单位整体意志形成后，便由直接责任人员具体实施。值得注意的是，盗用、冒用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，或者单位内部成员未经单位决策机构批准、同意或者认可而实施犯罪的，或者





单位内部成员实施与其职务活动无关的犯罪行为的，都不属于单位犯罪，应当依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。

(3) 单位犯罪是为本单位谋取非法利益或者以单位名义为本单位全体成员谋取非法利益。为单位谋取合法利益的行为，不可能成立任何犯罪；仅仅为单位少数成员谋取非法利益的行为，也不成立单位犯罪。为本单位谋取非法利益，是指为单位本身谋取非法利益，违法所得由单位本身所有，但不排除以各种理由将非法所得分配给单位全体成员享有。以单位名义为本单位全体成员谋取非法利益，是指《刑法》明文规定的单位私分国有资产、私分罚没收入的情形。

### 3. 单位犯罪主体

(1) 单位犯罪的主体，必须是公司、企业、事业单位、机关、团体。公司是以营利为目的组织其生产和经营活动的经济组织，包括有限责任公司与股份有限公司，前者是指全体股东以各自的出资额为限对公司债务承担清偿责任的公司；后者是指由一定人数的股东发起设立的，全部资本划分为股份，股东以所购的股份承担财产责任的公司。企业，是指以从事生产、流通、科技等活动为内容，以获取赢利和增加积累、创造社会财富为目的的一种营利性的社会经济组织。公司也是企业的一种，但这里的企业是指公司以外的企业。事业单位，是指依法成立的从事各种社会公益活动的组织，包括国家事业单位与集体事业单位。除法律有特别规定的以外，公司、企业、事业单位的所有制性质，不影响其作为单位犯罪主体。换言之，《刑法》第30条规定的“公司、企业、事业单位”，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。

(2) 单位犯罪的主体，必须是依法成立、拥有一定财产或者经费、能以自己的名义承担责任的公司、企业、事业单位、机关、团体。单位犯罪的主体应是依法成立的组织，个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处，而应以共同犯罪（主要是集团共同犯罪）论处。依法成立意味着单位成立的目的与宗旨合法，而且履行了规定的登记、报批手续。单位犯罪的主体必须能以自己的名义承担责任，这意味着单位必须有自己的名称、机构与场所，意味着单位能以自己独立的资产对外承担责任。

### 4. 关于单位犯罪要注意的问题

(1) 单位人格否定制度。①个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的；公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的；盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的。这两种情况都不属于单位犯罪，而是个人犯罪，这是因为单位犯罪的刑罚一般要轻于自然人所实施的相同犯罪，因此对司法解释对单位犯罪的态度基本上采取限制解释立场。②无法人资格的独资、合伙企业犯罪的，也非单位犯罪。③单位的所有制性质不影响单位犯罪的成立。

(2) 单位犯罪必须以单位的名义所实施，在客观方面表现为单位决策机构决定，由直接责任人员实施。

(3) 单位犯罪是为了单位谋取利益而实施的，其违法所得归单位所有。因此，盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，不属于单位犯罪。单位犯罪的主观方面多是故意，但也存在过失犯罪。如工程重大安全事故罪就是典型的单位过失犯罪。

(4) 单位犯罪法定主义。单位只对刑法明文规定可以由其构成的犯罪承担刑事责任。如果某种犯罪没有规定单位犯罪，即使以单位名义实施，那也是自然人犯罪，比如单位决定盗窃，只能对相关责任人按照自然人共同犯罪论处。

### 5. 下列犯罪中没有单位犯罪

(1) 暴力犯罪通常没有单位犯罪。如所有的税收发票犯罪都有单位犯罪，但抗税罪没有单位犯罪。

(2) 传统的自然犯通常没有单位犯罪。如杀人、伤害、放火、爆炸、抢劫、盗窃、敲诈勒索、诈骗（《刑法》第266条规定的普通诈骗）、强奸等自然犯没有单位犯罪。

(3) 货币犯罪（走私假币罪）没有单位犯罪。

(4) 妨害国边境管理罪（骗取出境证件罪除外）没有单位犯罪。

(5) 金融诈骗罪中有三种犯罪无单位犯罪，它们分别是贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪。

### 6. 根据司法解释和相关规范性文件，单位犯罪还需注意的问题

(1) 公司实施单位犯罪后，被兼并更名，仍应当追究单位责任，但仅处罚直接责任人。因为原单位因被兼并更名已经死亡，不处罚原单位，也不处罚兼并更名后的新单位。



(2) 单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪行为的处理。以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产,就不将其认定为单位犯罪,而按照个人犯罪处理。

(3) 单位共同犯罪的处理。两个以上单位以共同故意实施的犯罪,应根据各单位在共同犯罪中的地位、作用大小,确定犯罪单位。

#### 7. 单位犯罪的处罚

单位犯罪基本上采两罚制,即既处罚单位(只能适用罚金),又处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员;在某些情况下采单罚制,即只处罚自然人而不处罚单位,如第396条。

### 真题示例

1. (2006-2-5) 关于单位犯罪的主体,下列哪一选项是错误的?

- A. 不具有法人资格的私营企业,也可以成为单位犯罪的主体
- B. 刑法分则规定的只能由单位构成的犯罪,不可能由自然人单独实施
- C. 单位的分支机构或者内设机构,可以成为单位犯罪的主体
- D. 为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不能成为单位犯罪的主体

答案:A。

解析:参见单位犯罪精解。

2. (2005-2-52) 下列哪些行为不构成单位犯罪?

- A. 甲、乙、丙出资设立一家有限责任公司专门从事走私犯罪活动
- B. 甲、乙、丙出资设立的公司成立后以生产、销售伪劣产品为主要经营活动
- C. 某公司董事长及总经理以公司名义印刷非法出版物,所获收入由他们二人平分
- D. 某公司董事长及总经理组织职工对前来征税的税务工作人员使用暴力,拒不缴纳税款

答案:ABCD。

解析:A、B属于单位人格否定,不成立单位犯罪。C中的董事长和总经理是盗用公司名义犯罪,其非法所得归个人所有,也不构成单位犯罪。D是暴力犯罪,不存在单位犯罪。

### 重点法条

第三十二条 刑罚分为主刑和附加刑。

第三十三条 主刑的种类如下:

- (一) 管制;
- (二) 拘役;
- (三) 有期徒刑;
- (四) 无期徒刑;
- (五) 死刑。

第三十四条 附加刑的种类如下:

- (一) 罚金;
- (二) 剥夺政治权利;
- (三) 没收财产。附加刑也可以独立适用。

第三十五条 对于犯罪的外国人,可以独立适用或者附加适用驱逐出境。

### 法条精解

刑罚可以分为主刑和附加刑,主刑是只能独立适用的主要刑罚方法,它不能附加适用,对一种罪行一次只能适用一个主刑。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。附加刑是指补充主刑适用的刑罚方法,又称从刑,它既可作为主刑的附加刑适用,又可独立适用。但是需要注意的是,按照罪刑法定原则,附加刑中的没收财产是不可以单独适用的,因为没有任何条文规定了单独适用没收财产。





(2005-2-53) 下列关于剥夺政治权利附加刑如何执行问题的说法哪些是正确的?

- A. 被判处无期徒刑的罪犯,一般要剥夺政治权利,其刑期与主刑一样,同时执行
- B. 被判处有期徒刑的罪犯,被剥夺政治权利的,从有期徒刑执行完毕或假释之日起,执行剥夺政治权利附加刑
- C. 被判处拘役的罪犯,被剥夺政治权利的,从拘役执行完毕或假释之日起,执行剥夺政治权利附加刑
- D. 被判处管制的罪犯,被剥夺政治权利的,附加刑与主刑刑期相等,同时执行

答案:BCD。

解析:根据相关法条,附加剥夺政治权利的刑期的计算有以下三种:①判处管制附加剥夺政治权利的,剥夺政治权利的期限与管制的期限相等,同时执行,因此选项D正确。②判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的刑期,从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算;剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。因此,选项BC正确。③判处死刑(包括死缓)、无期徒刑附加剥夺政治权利终身的,从主刑执行之日起开始计算。

## 重点法条

第三十六条 由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失。

承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三十七条 对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。

## 法条精解

非刑罚处罚方法是指对于免除刑罚处罚的犯罪人,给予刑罚以外的处罚方法。这里我们要弄清楚几个概念的区别:

### 1. 赔偿经济损失和赔偿损失

《刑法》第36条是针对刑事附带民事赔偿,对犯罪人既判刑又判赔偿。而“赔偿损失”的前提性条件是免于刑罚处罚,也即只赔钱,不判刑。

### 2. 免于刑事处罚和免除处罚

两者的共同点都是定罪免刑。但其区别在于法律依据不同,前者的依据是《刑法》第37条,而后者的依据是其他条文。前者可以针对所有犯罪,只要“犯罪情节轻微”就可能导致“免于刑事处罚”,而后者是针对一定的法定情节,必须是法律明确规定“免除处罚”,如对于犯罪中止,法律明确规定,没有造成损害结果,应当免除处罚。因此,如果犯罪分子坦白交待,但又不属于自首(《刑法》第67条),此时如果考虑他“犯罪情节轻微”,就可以做出“免于刑事处罚”的决定,但不能“免除处罚”。

## 重点法条

第三十九条 被判处管制的犯罪分子,在执行期间,应当遵守下列规定:

- (一) 遵守法律、行政法规,服从监督;
- (二) 未经执行机关批准,不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;
- (三) 按照执行机关规定报告自己的活动情况;
- (四) 遵守执行机关关于会客的规定;

(五) 离开所居住的市、县或者迁居,应当报经执行机关批准。对于被判处管制的犯罪分子,在劳动中应当同工同酬。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三十八条 管制的期限,为三个月以上二年以下。



被判处管制的犯罪分子，由公安机关执行。

第四十一条 管制的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。

### 法条精解

管制是对犯罪分子不予关押，但限制其一定人身自由，交由公安机关执行和群众监督改造的刑罚方法。

1. 性质：限制自由刑，对管制的犯罪分子不予关押。

2. 期限：3 个月以上 2 年以下，数罪并罚时不超过 3 年。

3. 执行机关：由公安机关执行，会同被管制人所在地人民群众在其单位或居住地执行。

4. 刑期起算：从判决执行之日起计算，判决执行前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 2 日。管制期满执行机关应向有关群众宣布解除。

5. 待遇：劳动中实行同工同酬。同时，其自由受到限制，限制自由的内容包括：①遵纪守法；②按照执行机关规定报告自己的活动情况；③遵守执行机关关于会客的规定；④离开所居住的市、县或迁居，应报执行机关批准；⑤未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利。

### 真题示例

(2003 - 2 - 45) 依据法律规定，在管制的判决和执行方面，下列说法哪些是不正确的？

A. 管制的期限为 3 个月以上 2 年以下，数罪并罚时不得超过 3 年

B. 被判处管制的犯罪分子，由公安机关执行

C. 对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应酌量发给报酬

D. 管制的刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日

答案：CD。

解析：管制是对罪犯不予关押，但限制其一定自由，由公安机关执行和群众监督改造的刑罚方法，故 B 正确。根据《刑法》第 39 条的规定，对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬，所以 C 选项是错误的。在劳动中应酌量发给报酬的是对判处拘役的犯罪分子的执行内容。依《刑法》第 38 条、第 40 条与第 41 条的规定，管制的期限为 3 个月以上 2 年以下，数罪并罚时不得超过 3 年，故 A 正确。管制的刑期从判决执行之日起计算；判决执行前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 2 日，故 D 错误。

### 重点法条

第四十四条 拘役的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第四十二条 拘役的期限，为一个月以上六个月以下。

第四十三条 被判处拘役的犯罪分子，由公安机关就近执行。

在执行期间，被判处拘役的犯罪分子每月可以回家一天至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。

### 法条精解

拘役，是短期剥夺犯罪分子人身自由，就近实行劳动改造的刑罚方法。

1. 性质：短期剥夺自由刑。

2. 期限：1 个月以上 6 个月以下，数罪并罚不超过 1 年。

3. 执行机关：由公安机关在拘役所就近执行。

4. 刑期起算：从判决执行之日起计算，判决执行前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日。刑满释放之日为判决书确定的刑期终止之日。

5. 待遇：劳动中酌量发给报酬，每月可回家 1~2 天。

### 真题示例

(2006 - 2 - 55) 下列关于刑期起算的哪些选项是正确的？

A. 管制、拘役的刑期，从判决执行之日起计算





B. 有期徒刑的刑期，从判决确定之日起计算

C. 死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算

D. 附加剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释期满之日起计算

答案：AC（当年参考答案为 BC）。

解析：根据《刑法》第 41 条和第 44 条规定，A 项正确。根据《刑法》第 47 条规定，B 项不正确。根据《刑法》第 51 条规定，C 项正确。根据《刑法》第 58 条规定，D 项错误。

## 重点法条

第四十五条 有期徒刑的期限，除本法第五十条、第六十九条数罪并罚规定外，为六个月以上 15 年以下。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第四十七条 有期徒刑的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

## 法条精解

有期徒刑是在有限的期限内剥夺犯罪分子人身自由，在监狱内实行劳动改造的刑罚方法。

1. 性质：剥夺自由刑。

2. 期限：有期徒刑的期限是 6 个月以上 15 年以下，数罪并罚不超过 20 年。

3. 执行机构：由公安机关将该罪犯交付监狱执行，但如果在交付执行前，有期徒刑剩余刑期在 1 年以下的，由看守所执行。

4. 刑期起算：有期徒刑从判决执行之日起计算，判决执行前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日。刑满释放之日为判决书确定的刑期终止之日。

5. 待遇：强制劳动改造，完全无偿。

## 重点法条

第四十八条 死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期 2 年执行。

死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第四十九条 犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。

判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2 年期满以后，减为无期徒刑；如果有重大立功表现，2 年期满以后，减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

第五十一条 死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。

### 《最高人民法院关于对怀孕妇女在羁押期间自然流产审判时是否可以适用死刑问题的批复》

怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉、交付审判的，应当视为“审判的时候怀孕的妇女”，依法不适用死刑。

## 法条精解

死刑是剥夺人生命的刑罚方法，包括死刑立即执行和缓期二年执行两种执行情况。我国对死刑的基本政策是限制死刑，少杀、慎杀。死刑立即执行由人民法院执行。值得注意的是死缓只是死刑的执行方式之一，而不能理解为一个刑种。

1. 我国法律对适用死刑的限制

(1) 条件上的限制：死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子，1997 年《刑法》取消了 1979 年《刑法》

中“罪大恶极”的提法。

(2) 对象上的限制：犯罪时不满18岁的人和审判时怀孕的妇女不适用死刑。这需要注意的是：①不适用死刑是指既不能判处死刑立即执行，也不能判处死缓。②审判时指的是从侦查羁押时起至审判的全过程，在这个过程中，不管是怀孕，还是发生人工流产或自然流产的，都被视为孕妇，不能判处死刑。③犯罪时怀孕的妇女，但审判时没有怀孕是可以判处死刑的。

(3) 核准程序上的限制：不得违反法定程序适用死刑。死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应该报请最高人民法院核准。这里要注意如果最高人民法院作为一审或二审法院，就无需再核了。

(4) 管辖限制：死刑案件只能由中级人民法院进行一审。

(5) 死刑执行制度上进行限制：保留死缓制度，对死刑进行限制。另外，死刑的执行采取枪决或注射等方法执行，不能够任意采用死刑执行方法。

## 2. 死刑缓期执行（死缓不是独立的刑种，只是死刑适用的制度）

(1) 条件：罪当处死，但不是必须立即执行的犯罪分子。因此死缓也必须符合“罪行极其严重”的条件。

(2) 适用死缓的有关机关：死缓由监狱在监狱等场所执行，其核准权由高级人民法院判决或核准。

(3) 死缓的处理办法：死缓的考验期为2年，对判处死缓的犯罪人，有三种处理办法：①在死刑缓期执行期间，没有故意犯罪，2年期满后减为无期徒刑；②在死刑缓期执行期间，有重大立功表现，2年期满后，减为15年以上20年以下有期徒刑；③在死刑缓期执行期间，有故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。需要注意的是，这无需等到两年期满。

(4) 死缓期间的计算：死刑缓期执行的期间从判决确定之日起算，先前羁押的，不折抵刑期。这里所说的判决确定之日是指从判决或裁定核准死刑缓期二年执行的法律文书宣告或送达之日起计算。而死缓减为有期的，从死缓执行期满之日起计算，而不是从裁定之日起开始计算。因此，如果在2年期满后，尚未裁定减刑前故意犯罪的，不能执行死刑，除非新罪也应判处死刑。如1998年试题，吴某被判处死缓，于1998年7月27日考验期满，其所在服刑的监狱于当日上报了将死缓减为无期徒刑的材料，两天后即7月29日，吴某因同监舍的郑某无故辱骂他将郑某打聋了一只耳朵。对吴某显然不能撤销死缓，直接判处死刑。而只能以无期徒刑和故意伤害罪的刑罚数罪并罚。

## 3. 刑法中绝对确定的死刑条款

在刑法分则中，有几种绝对确定的死刑条款。

(1) 《刑法》第121条规定的劫持航空器而致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。

(2) 《刑法》第239条第1款规定的犯绑架罪致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑并处没收财产。

(3) 《刑法》第240条规定的犯拐卖妇女、儿童，属于八种法定加重构成情节之一，情节特别严重的，处死刑并处没收财产。

(4) 《刑法》第317条第2款规定的犯暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪的首要分子或者积极参加者，情节特别严重的，处死刑。

(5) 《刑法》第383条规定的贪污罪、385条规定的受贿罪，个人贪污、受贿数额达10万元以上，情节特别严重的，处死刑并处没收财产。

## 真题示例

1. (2004-2-14) 孙某因犯抢劫罪被判处死刑，缓期2年执行。在死刑缓期执行期间，孙某在劳动时由于不服管理，违反规章制度，造成重大伤亡事故。对孙某应当如何处理？

- A. 其所犯之罪查证属实的，由最高人民法院核准，立即执行死刑
- B. 其所犯之罪查证属实的，由最高人民法院核准，2年期满后执行死刑
- C. 2年期满后减为无期徒刑
- D. 2年期满后减为15年以上20年以下有期徒刑

答案：C。

解析：依据《刑法》第49条的规定，判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2年期满以后，减为无期徒刑。在死刑缓期执行期间，如果确有重大立功表现，2年期满以后，减为15年以上20年以下有期徒刑。孙某在死缓执行期间的这个犯罪属于过失犯罪，无故意犯罪，故2年期满后减为无期徒刑，所以本题选C是正确的。







2. (2003-2-33) 依据法律规定, 下列关于死刑的说法哪些是不正确的?

- A. 对不属于罪行极其严重的犯罪分子, 既不能判处死刑立即执行, 也不能判处死刑缓期执行
- B. 死刑缓期执行的判决, 可以由高级人民法院核准
- C. 对犯罪时不满 18 周岁的人, 不能判处死刑立即执行, 但可以判处死刑同时宣告缓期二年执行
- D. 对审判时怀孕的妇女, 可以判处死刑, 但必须在其生育或者流产后才能执行死刑判决

答案: CD。

解析: 根据《刑法》第 48 条和第 49 条规定, A 和 B 选项的表述正确。根据刑法 49 条规定, CD 项错误, 应选。因为死缓不属于独立刑种, 从属于死刑; 对犯罪时不满 18 周岁的人, 不能判处死刑立即执行, 也不能判处死刑同时宣告缓期 2 年执行; 怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产、人工流产, 属于“审判的时候怀孕的妇女”, 不适用死刑。

## 重点法条

第五十三条 罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的, 强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的, 人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产, 应当随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的, 可以酌情减少或者免除。

### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》

第一条 刑法规定“并处”没收财产或者罚金的犯罪, 人民法院在对犯罪分子判处主刑的同时, 必须依法判处相应的财产刑; 刑法规定“可以并处”没收财产或者罚金的犯罪, 人民法院应当根据案件具体情况及犯罪分子的财产状况, 决定是否适用财产刑。

第三条 依法对犯罪分子所犯数罪分别判处罚金的, 应当实行并罚, 将所判处的罚金数额相加, 执行总和数额。

一人犯数罪依法同时并处罚金和没收财产的, 应当合并执行; 但并处没收全部财产的, 只执行没收财产刑。

第五条 刑法第五十三条规定的“判决指定的期限”应当在判决书中予以确定; “判决指定的期限”应为从判决发生法律效力第二日起最长不超过三个月。

第六条 刑法第五十三条规定的“由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的”, 主要是指因遭受火灾、水灾、地震等灾祸而丧失财产; 罪犯因重病、伤残等而丧失劳动能力, 或者需要罪犯抚养的近亲属患有重病, 需支付巨额医药费等, 确实没有财产可供执行的情形。

具有刑法第五十三条规定“可以酌情减少或者免除”事由的, 由罪犯本人、亲属或者犯罪单位向负责执行的人民法院提出书面申请, 并提供相应的证明材料。人民法院审查以后, 根据实际情况, 裁定减少或者免除应当缴纳的罚金数额。

第八条 罚金刑的数额应当以人民币为计算单位。

第九条 人民法院认为依法应当判处被告人财产刑的, 可以在案件审理过程中, 决定扣押或者冻结被告人的财产。

第十条 财产刑由第一审人民法院执行。

犯罪分子的财产在异地的, 第一审人民法院可以委托财产所在地人民法院代为执行。

第十一条 自判决指定的期限届满第二日起, 人民法院对于没有法定减免事由不缴纳罚金的, 应当强制其缴纳。

对于隐藏、转移、变卖、损毁已被扣押、冻结财产情节严重的, 依照刑法第三百一十四条(非法处置查封、扣押、冻结的财产罪)的规定追究刑事责任。

## 法条精解

罚金是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。

### 1. 罚金四种适用方法

(1) 选处罚金。罚金和主刑并列, 可判也可不判。比如《刑法》第 275 条规定的故意毁坏财物罪(故意毁坏公私财物, 数额较大或者有其他严重情节的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金……)

(2) 单处罚金。只能判处罚金, 不能判处其他刑罚。对单位的处罚即属此类。



(3) 并处罚金。在判处主刑的同时附加适用附加刑。当刑法规定“并处”罚金时，人民法院在对犯罪分子判处主刑时，必须依法处罚金，而若规定“可以并处”时，人民法院可以根据情况决定是否处罚金，有一定的自由裁量权。

(4) 并处或单处罚金。可在判处主刑时附加罚金刑，也可只单处罚金。

这里尤其要注意可以单处罚金刑的情况。根据司法解释，犯罪情节较轻，适用单处罚金不致再危害社会并具有下列情形之一的，可以依法单处罚金：①偶犯或者初犯；②自首或者有立功表现的；③犯罪时不满18周岁的；④犯罪预备、中止或者未遂的；⑤被胁迫参加犯罪的；⑥全部追赃并有悔罪表现的；⑦其他可以依法单处罚金的情形。

## 2. 罚金的数额

《刑法》规定了三种方式：①没有规定确定的数额，在这种情况下，罚金的最低数额不能少于1000元。但对未成年人犯罪应当从轻或者减轻判处有期徒刑，罚金的最低数额不能少于500元。②规定了相当确定的数额。如《刑法》第196条规定的信用卡诈骗罪。③以违法所得或犯罪涉及的数额为基准，处以一定比例或者倍数的罚金。如《刑法》第228条规定的非法转让、倒卖土地使用权罪。在《刑法》中，确定罚金是根据犯罪情节决定罚金数额，即根据犯罪手段、对象、后果、时间、地点等决定。此外，根据司法解释，除了犯罪情节还应考虑犯罪人的经济状况、承受力，不然，判处罚金无法执行。

## 3. 罚金的缴纳方式

(1) 一次或分期缴纳。根据规定，这应从判决发生法律效力第二日起最长不超过3个月缴纳。

(2) 强制缴纳。期满不缴纳的，要强制缴纳。

(3) 随时追缴。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院一旦发现被执行人有可以执行财产时，应随时追缴。比如1998年试题，某法院以诈骗罪判处周某有期徒刑1年并处罚金1万元，周某以无钱为由拒不缴纳罚金，刑满释放后第3年，周某准备结婚，购买29寸彩电1台、冰箱1台，法院得知上述情况后派法警强行将彩电冰箱扣押。这就是典型的随时追缴。

(4) 减少或免除缴纳。适用于犯罪分子由于遭到不可抗拒的灾祸，按原判决的罚金缴纳确有困难，经犯罪分子申请，人民法院经查证属实后，可以酌情减少或免除缴纳。这里的“困难”，主要指：因遭受火灾、水灾、地震等灾祸而丧失财产；罪犯因重病、伤残等而丧失劳动能力；或者需要罪犯抚养的近亲属患有重病，需支付巨额医药费等，确实没有财产可供执行的情形。

## 4. 罚金刑的执行机关

罚金刑和没收财产属于财产刑，都由第一审人民法院执行。

5. 民事优先原则。承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，而经被害人申请的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。

## 真题示例

(2002-2-1) 刑法分则某条文规定：犯A罪的，“处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金”。被告人人犯A罪，但情节较轻，且其身无分文。对此，下列哪一判决符合该条规定？

- A. 甲法官以被告人身无分文为由，判处有期徒刑6个月
- B. 乙法官以被告人身无分文且犯罪情节较轻为由，判处有期徒刑1年，缓期2年执行
- C. 丙法官以被告人的犯罪情节较轻为由，判处拘役3个月
- D. 丁法官以被告人的犯罪情节较轻为由，判处罚金1000元

答案：D。

解析：《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》规定，刑法规定“并处”没收财产或者罚金的犯罪，人民法院在对犯罪分子判处主刑的同时，必须依法判处相应的财产刑；刑法规定“可以并处”没收财产或者罚金的犯罪，人民法院应当根据案件具体情况及犯罪分子的财产状况，决定是否适用财产刑。依次规定，ABC项均未对财产刑作出相应的判处，因而D是正确的。

## 重点法条

第五十四条 剥夺政治权利是剥夺下列权利：

- (一) 选举权和被选举权；
- (二) 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；



(三) 担任国家机关职务的权利；

(四) 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第五十五条 剥夺政治权利的期限，除本法第 57 条规定外，为 1 年以上 5 年以下。

判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相等，同时执行。

第五十六条 对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。独立适用剥夺政治权利的，依照本法分则的规定。

第五十七条 对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身。

在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限改为三年以上十年以下。

第五十八条 附加剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算；剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。

被剥夺政治权利的犯罪分子，在执行期间，应当遵守法律、行政法规和国务院公安部门有关监督管理的规定，服从监督；不得行使本法第五十四条规定的各项权利。

《最高人民法院关于对故意伤害、盗窃等严重破坏社会秩序的犯罪分子能否附加剥夺政治权利问题的批复》

根据刑法第五十六条规定，对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。对于故意伤害、盗窃等其他严重破坏社会秩序的犯罪，犯罪分子主观恶性较深、犯罪情节恶劣、罪行严重的，也可以依法附加剥夺政治权利。

### 法条精解

#### 1. 本条中政治权利的内涵

(1) 选举权和被选举权。这里的选举权和被选举权，按理来说应该只限于选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员，但是根据《村委会组织法》第 11 条规定，被剥夺政治权利人没有村民委员会主任、副主任和委员的选举权和被选举权。因此，被剥夺政治权利的人，既不能选村长，也不能当村长。

(2) 六大政治自由。言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利。这里需要注意的是，出版自由被剥夺，但并非没有著作权，出版权只是著作权中的一个内容，这在早些年的司法考试中出现过。

(3) 担任国家机关职务的权利。

(4) 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。注意是领导职务，其他非领导职务还是可以的。

#### 2. 适用对象

(1) 应当剥夺政治权利：判处死刑、无期徒刑的，应当附加剥夺政治权利终身；对危害国家安全罪的罪犯，应当附加剥夺政治权利。

(2) 可以剥夺政治权利。对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。另外，《高法解释》规定：“对故意伤害、盗窃等其他严重破坏社会秩序的犯罪，犯罪分子主观恶性较深、犯罪情节恶劣、罪行严重的，也可以依法附加剥夺政治权利。”

(3) 独立适用。依刑法分则的规定，对较轻犯罪可独立适用剥夺政治权利。当法律规定主刑与剥夺政治权利可以选择适用时，选择剥夺政治权利，就不能再适用主刑。

#### 3. 刑期及起算

(1) 判处死刑、无期徒刑的，剥夺政治权利终身，不存在起算问题。

(2) 对有期徒刑、拘役附加判处剥夺政治权利的，期限为 1 年以上 5 年以下，从主刑执行完毕或假释之日起算。在主刑执行期间，当然没有政治权利，但如果被判有期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的犯罪人，在执行期间仍然享有政治权利。比如某人被判有期徒刑 10 年，附加剥夺政治权利 3 年，实际有 13 年没有政治权利。另外，要特别注意的是，如果假释，是从假释之日计算政治权利的期限，而千万不要误为“假释期满”之日。

(3) 独立判处的剥夺政治权利，从判决执行之日起算，其期限也为 1 年以上 5 年以下。

(4) 判处管制附加剥夺政治权利的，期限与管制同，同时执行。



(5) 原判处死刑缓期执行、无期徒刑的,减为有期徒刑时,剥夺政治权利要改为3年以上10年以下,从有期徒刑执行完毕或假释之日起算。

### 真题示例

1. (2005-2-53) 下列关于剥夺政治权利附加刑如何执行问题的说法哪些是正确的?

- A. 被判处无期徒刑的罪犯,一般要剥夺政治权利,其刑期与主刑一样,同时执行
- B. 被判处有期徒刑的罪犯,被剥夺政治权利的,从有期徒刑执行完毕或假释之日起,执行剥夺政治权利附加刑
- C. 被判处拘役的罪犯,被剥夺政治权利的,从拘役执行完毕或假释之日起,执行剥夺政治权利附加刑
- D. 被判处管制的罪犯,被剥夺政治权利的,附加刑与主刑刑期相等,同时执行

答案:BCD。

解析:根据相关法条,附加剥夺政治权利的刑期的计算有以下三种:①判处管制附加剥夺政治权利的,剥夺政治权利的期限与管制的期限相等,同时执行,因此选项D正确。②判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的刑期,从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算;剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。因此,选项BC正确。③判处死刑(包括死缓)、无期徒刑附加剥夺政治权利终身的,从主刑执行之日起开始计算。

2. (2002-2-45) 下列有关剥夺政治权利的说法,哪些是正确的?

- A. 刑法总则规定,对于故意杀人、强奸等严重破坏社会秩序的犯罪分子,可以附加剥夺政治权利。因此,对于严重盗窃、故意重伤等犯罪分子,也可以附加剥夺政治权利
- B. 附加剥夺政治权利的刑期,从徒刑执行完毕之日或从假释之日起计算剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间
- C. 被剥夺政治权利的犯罪分子,无权参加村民委员会的选举
- D. 刑法总则规定:“对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利”。但如果人民法院对危害国家安全的犯罪分子独立适用剥夺政治权利,则不能再附加剥夺政治权利

答案:ABCD。

解析:根据《刑法》第56条规定,A项中所列举是严重盗窃、故意重伤的犯罪分子,属于“严重破坏社会秩序的犯罪分子”,因此可以附加剥夺政治权利,A项可选。根据《刑法》第58条第1款规定,可选B项。根据《刑法》第54条规定,C项“被剥夺政治权利的犯罪分子,无权参加村民委员会的选举”正确,因此C项可以选。根据《刑法》第34条第2款规定,附加刑也可以独立适用。也就是说,附加刑或者附加于主刑适用,或者单独适用;而不能再附加作为附加刑的附加适用。因此D项也可以选,所以本题ABCD四项都正确。

### 重点法条

第五十九条 没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。没收全部财产的,应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。

在判处没收财产的时候,不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第六十条 没收财产以前犯罪分子所负的正当债务,需要以没收的财产偿还的,经债权人请求,应当偿还。

#### 《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》

第七条 刑法第六十条规定的“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务”,是指犯罪分子在判决生效前所负他人的合法债务。

### 法条精解

没收财产指将犯罪分子个人所有财产的一部或全部强制无偿收归国有的刑罚方法。没收财产,由人民法院执行;必要时,可会同公安机关执行。需要注意的是,没收的是犯罪人合法所有的并且没有用于犯罪的财产。它不同于追缴犯罪所得财物。





### 1. 没收财产的范围

没收财产可以没收犯罪分子个人所有财产的全部或一部分。但是不能株连，因此只准没收犯罪分子个人所有的财产，不得没收其家属所有的财产。同时从人道主义考虑应当为犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。

### 2. 没收财产的适用方式

(1) 与罚金选择并处。在判处主刑的同时，附加适用没收财产或罚金。比如《刑法》第195条规定的信用证诈骗罪，“数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五十万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。”在判处主刑后，就可以根据情况并处罚金或没收财产。另外，如果犯罪人犯数罪，一罪判处罚金，而另一罪判处没收财产，应当合并执行，但如果其中一罪没收全部财产时，只执行没收财产刑。

(2) 应当并处。在判处主刑的同时，必须并处没收财产。比如《刑法》第383条第(一)项规定的贪污罪，“个人贪污数额在十万元以上的，……情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。”

(3) 可以并处，由人民法院选择适用。如《刑法》第383条第(二)项规定的贪污罪，“个人贪污数额在五万元以上不满十万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产”。

### 3. 没收财产与正当债务的偿还

《刑法》第60条规定：“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。”这里需要注意以下条件：①必须是犯罪分子在没收财产前所负债务（而非在立案前）；②必须为正当债务，赌债等非法债务不受保护；③必须经债权人提出请求，并查证属实；其四，必须只限于在没收财产的数额内按一定次序偿还。

## 真题示例

(2009-2-9) 关于没收财产，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲抢劫数额巨大，对其可以判处罚金一万元并处没收财产
- B. 乙犯诈骗罪被判处没收全部财产时，法院对乙未满18周岁的子女应当保留必需的生活费用，对乙的成年家属不必考虑
- C. 丙盗窃珍贵文物情节严重，即便其没有可供执行的财产，亦应当判处没收财产
- D. 丁为治病向李某借款五万元，一年后丁因犯罪被判处没收财产。无论李某是否提出请求，一旦法院发现该债务存在，就应当判决以没收的财产偿还

答案：C。

解析：本题考核适用没收财产的情况。根据《刑法》第263条的规定，A项说法错误。根据《刑法》第59条的规定，没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。这里抚养的家属也可以包括成年家属，故B项说法错误。根据《刑法》第264条的规定，C项说法正确。根据《刑法》第60条的规定，D项说法错误。

## 重点法条

第六十五条 被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪除外。

前款规定的期限，对于被假释的犯罪分子，从假释期满之日起计算。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第六十六条 危害国家安全的犯罪分子在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯危害国家安全罪的，都以累犯论处。

## 法条精解

累犯可以分为一般累犯和特别累犯。

1. 一般累犯：是指因故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚并在刑罚执行完毕或赦免5年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之故意罪的犯罪人。

其构成条件有：①前罪和后罪都是故意犯罪。②前罪判处有期徒刑以上刑罚，后罪应当判处有期徒刑



以上刑罚。③后罪发生在前罪刑罚执行完毕或赦免后5年内。这里的刑罚执行完毕说的是主刑执行完毕，附加刑是否执行完毕，不影响累犯的成立。

2. 特别累犯：是指犯过危害国家安全罪受过刑罚处罚，在刑罚执行完毕或赦免后的任何时候再犯危害国家安全罪的犯罪人。

其构成条件有：①前、后罪都是危害国家安全罪。②后罪发生在前罪刑罚执行完毕或赦免以后，不论刑罚轻重和间隔长短。

需要说明的是，如果前罪是危害国家安全罪，且判处有期徒刑以上，而后罪是危害国家安全罪以外的其他故意犯罪，只要符合时间条件，也可以成立一般累犯。如某乙犯间谍罪被判有期徒刑，刑罚执行完毕后第2年又犯抢劫罪，这就是一个典型的例子。

3. 还需注意两个问题：①被假释的罪犯在考验期内犯罪的，不构成累犯。对于假释的罪犯，要在假释期满后，而非从假释之日起计算5年。因为只有假释期满后，刑罚才执行完毕。②被判缓刑的罪犯，在缓刑考验期内犯罪的，也不构成累犯。在缓刑考验期结束后，再犯罪的，也不成立累犯，因为缓刑结束后，原判刑罚根本就没有执行，也就谈不上刑罚执行完毕一说。

4. 处罚：①应当从重处罚；②累犯不得缓刑和假释。

5. 毒品再犯：《刑法》第356条规定：“因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节规定（毒品犯罪）之罪的，从重处罚”。此条并不属于总则规定的累犯。因此它无需时间限制条件。同时，犯走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪，在刑罚执行完毕或赦免之后的5年之内再犯毒品之罪，应直接依照此条文从重，而不能依据总则关于累犯的规定两次从重处罚，否则违反了一罪不二罚的原理。

### 真题示例

（2009-2-10）关于累犯，下列哪一选项是正确的？

A. 甲因故意伤害罪被判七年有期徒刑，刑期自1990年8月30日至1997年8月29日止。甲于1995年5月20日被假释，于1996年8月25日犯交通肇事罪。甲构成累犯

B. 乙因盗窃罪被判三年有期徒刑，2002年3月25日刑满释放，2007年3月20日因犯盗窃罪被判有期徒刑四年。乙构成累犯

C. 丙因危害国家安全罪被判处五年有期徒刑，1996年4月21日刑满释放，2006年4月20日再犯同罪。丙不构成累犯

D. 丁因失火罪被判处三年有期徒刑，刑期自1995年5月15日至1998年5月14日。丁于1998年5月15日在出狱回家途中犯故意伤害罪。丁构成累犯

答案：B。

解析：本题考核累犯的认定。根据《刑法》第65条规定，后罪交通肇事罪属于过失犯罪，而一般累犯要求前罪与后罪都必须故意犯罪，故A项说法错误。在B项中乙前后两罪都为故意犯罪，都被判处有期徒刑以上刑罚，且后罪发生的时间再前罪所判处的刑罚执行完毕的5年之内，符合一般累犯的成立条件，构成累犯，B项说法正确。根据《刑法》第66条规定，C项说法错误。在D项中前罪失火罪属于过失犯罪，不符合一般累犯的成立条件，故D项说法错误。

### 重点法条

第六十七条 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

#### 【关联法条】

《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》

第一条 根据刑法第六十七条第一款的规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。

（一）自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。

犯罪嫌疑人身其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；罪行未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被







有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。

并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的，也应当视为自动投案。

犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首。

(二) 如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。

犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。

共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知其他同案的共同犯罪事实，才能认定为自首。

犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首，但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。

第二条 根据刑法第六十七条第二款的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。

第三条 根据刑法第六十七条第一款的规定，对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚；对于犯罪较轻的，可以免除处罚。具体确定从轻、减轻还是免除处罚，应当根据犯罪轻重，并考虑自首的具体情节。

第四条 被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。

#### 《最高人民法院研究室关于如何理解犯罪嫌疑人自动投案的有关问题的答复》

根据《刑法》第六十七条第一款和《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，对于犯罪嫌疑人实施犯罪后潜逃至异地，其罪行尚未被异地司法机关发觉，仅因形迹可疑，被异地司法机关留置盘问、教育后，主动交代自己的罪行的，应当视为自动投案。

#### 《最高人民法院关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》

根据刑法第六十七条第一款和《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立。

### 法条精解

自首，是指犯罪分子犯罪后自动投案，如实供述自己罪行或被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为。包括一般自首和特别自首。

1. 一般自首是指犯罪分子犯罪后，自动投案，如实供述自己罪行的行为。其成立条件是：

(1) 自动投案。必须发生在犯罪人尚未归案之前，这样规定是基于节约司法成本和判定犯罪嫌疑人的危险危险性大小的考虑。根据司法解释和相关判例，如下情况可以认定为自动投案：①主动、直接向公检法机关投案；②向所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；③因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案的，或者先以信、电投案的；④罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织查询或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己罪行的；⑤犯罪后逃跑，在通缉、追捕的过程中，主动投案的；⑥经查实犯罪嫌疑人确已准备投案，或者正在投案途中，被司法机关捕获的；⑦并非犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；⑧司法机关通知犯罪嫌疑人的亲友或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的；⑨亲友报案，并控制犯罪嫌疑人，然后带领公安人员抓获的。

但有两种情况不属于自动投案：①犯罪嫌疑人先投案交待罪行后，又潜逃的；②以不署名或化名将非法所得寄给司法机关或报刊、杂志的。

(2) 如实供述自己的罪行。如实供述要注意下列问题：①由于客观因素，不能全部交代所有的犯罪事实，但如实供述自己的主要犯罪事实的，也应属于如实供述自己的罪行。②犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为认定为自首。③在共同犯罪案件中，必须交代自己所知的同案犯的共同犯罪行为；④如实供述后又翻供的，不能认定为自首，但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。⑤如实供述并不能否定有为自己辩解的权利。被告人对行为性质的辩解不影响

自首的成立。

2. 特别自首是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为，亦称准自首。其成立条件是：

(1) 自首的主体是犯罪嫌疑人、被告人、正在服刑的罪犯。

(2) 如实供述本人的司法机关尚未掌握的其他罪行的。“其他罪行”是指与司法机关掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行。根据司法解释，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。这显然是一种酌定从轻情节，而非法定从轻（这其实属于坦白，而非自首）。

3. 自首与坦白的区别。坦白是指犯罪分子被动归案之后，自己如实交代自己犯罪事实的行为。“归案”有三种情况：被采取强制措施而归案；被司法机关传唤而归案；被群众扭送而归案。

(1) 一般自首和坦白的区别要点是是否自动投案：自动投案、如实交代的是自首；被动归案、如实交代的是坦白。自首和坦白的共同点是都如实供述。不同的是自首是法定量刑情节；坦白是酌定量刑情节。如果行为人正在犯罪过程中，或者在犯罪以后逃离犯罪现场的过程中，被发现有犯罪行为抓获，或者被发现犯罪工具、赃物而被抓获的，因为有较为确实的证据，如现场实施犯罪行为，或缴获赃物、工具，就不属于因形迹可疑被盘查。

(2) 特殊自首与坦白的区别的要点：是否不同种罪行。如果上述在案在押人员，主动交代司法机关尚未掌握的并且与被审查处理的犯罪属于不同种罪行的，以自首论。反之，属于同种罪行的，是坦白。

4. 自首的处罚。对于自首的犯罪分子，可以从轻处罚或减轻处罚，犯罪情节较轻的，可以免除处罚。共同犯罪时，自首的法律效果只适用于自首的共犯人，不能适用于没有自首的其他共犯人。

### 真题示例

1. (2009-2-53) 关于自首中的“如实供述”，下列哪些选项是错误的？

- A. 甲自动投案后，如实交代自己的杀人行为，但拒绝说明凶器藏匿地点的，不成立自首
- B. 乙犯有故意伤害罪、抢夺罪，自动投案后，仅如实供述抢夺行为，对伤害行为一直主张自己是正当防卫的，仍然可以成立自首
- C. 丙虽未自动投案，但办案机关所掌握线索针对的贪污事实不成立，在此范围外丙交代贪污罪行的，应当成立自首
- D. 丁自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供，但在二审判决前又如实供述的，应当认定为自首

答案：AD。

解析：本题考核自首的“如实供述”。

由于客观因素，不能全部交代所有的犯罪事实，但如实供述自己的主要犯罪事实的，也应属于如实供述自己的罪行。但如果隐瞒主要犯罪事实，或者以交代轻罪达到掩盖重罪的目的，就不是如实供述自己的罪行。A项中，甲的杀人行为属于主要犯罪事实，甲自动投案后如实交代了主要犯罪事实，可以成立自首，拒绝说明凶器藏匿地点的并不影响自首的成立，故A项错误。犯有数罪的犯罪嫌疑人如实供述所犯数罪中部分犯罪的，对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。B项中乙如实供述抢夺行为，对抢夺罪可以成立自首，故B项正确。

C项属于特别自首。特别自首，是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为。其中“司法机关尚未掌握的本人其他罪行”包括两种情形：一是指与司法机关或其他办案机关掌握的或者判决确定的罪行属于不同种罪行；二是司法机关或其他办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外犯罪分子交代同种罪行的。C项属于上述第二种情形，故C项正确。犯罪嫌疑人自动投案如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首；但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。故D项错误。本题要求选择错误项，故AD为本题的正确答案。

2. (2006-2-6) 甲和乙共同入户抢劫并致人死亡后分头逃跑，后甲因犯强奸罪被抓获归案。在羁押期间，甲向公安人员供述了自己和乙共同所犯的抢劫罪行，并提供了乙因犯故意伤害罪被关押在另一城市的看守所的有关情况，使乙所犯的抢劫罪受到刑事追究。对于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲的行为属于坦白，但不成立特别自首
- B. 甲的行为成立特别自首，但不成立立功



C. 甲的行为成立特别自首和立功，但不成立重大立功

D. 甲的行为成立特别自首和重大立功

答案：D。

**解析：**根据《刑法》第67条第2款规定，甲因强奸罪被采取强制措施，在押期间，如实供述自己曾实施的入户抢劫并致人死亡罪行，属于刑法规定“以自首论”的情形。根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第7条和《刑法》第68条第1款的规定，甲检举、揭发了乙的犯罪行为，并向公安机关提供线索协助其对乙追究刑事责任。同时所揭发犯罪为“入户抢劫并致人死亡”，应属重大犯罪行为，所以认定为重大立功表现。故D项正确。

## 重点法条

第六十八条 犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》

第五条 根据刑法第六十八条第一款的规定，犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；阻止他人犯罪活动；协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现的，应当认定为有立功表现。

第六条 共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实的，可以酌情予以从轻处罚。

第七条 根据刑法第六十八条第一款的规定，犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实；提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实；阻止他人重大犯罪活动；协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同案犯）；对国家和社会有其他重大贡献等表现的，应当认定为有重大立功表现。

前款所称“重大犯罪”、“重大案件”、“重大犯罪嫌疑人”的标准，一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。

## 法条精解

立功包括一般立功和重大立功。

1. 一般立功是指犯罪分子揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件的，或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人，或者具有其他有利于国家和社会的突出表现的行为。共有四种情形：

（1）检举、揭发他人犯罪行为。这又包括共同犯罪人供述同案共犯共同犯罪以外的罪行。如果供述的是同案犯共同犯罪之内的罪行，属于自首的如实供述，不属于检举、揭发他人罪行的立功表现，不存在立功问题。

（2）提供其他案件的重大线索，查证属实的。

（3）协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人的（包括同案犯）。这里的同案犯包括共同犯罪中的同案犯，也包括非共同犯罪中的同案犯。根据《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》，认定被告人是否构成此项立功，应当根据被告人在公安机关抓获同案犯中是否确实起到了协助作用。如经被告人当场指认、辨认抓获了同案犯；带领公安人员抓获了同案犯；被告人提供了不为有关机关掌握或者有关机关按照正常工作程序无法掌握的同案犯藏匿的线索，抓获了同案犯等情况，均属于协助司法机关抓获同案犯，应认定为立功。

（4）具有其他有利于国家和社会突出表现的。

2. 重大立功是指揭发他人重大犯罪行为，查证属实的，提供重要线索，从而得以侦破其他重大案件的，协助司法机关抓捕其他重要罪犯的（包括同案犯），在押期间制止他人重大犯罪活动的，对国家和社会有重大贡献的行为。

重大立功与一般立功的区别在于是否“重大犯罪”、“重大案件”、“重大犯罪嫌疑人”。所谓“重大”，指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响的情形。





3. 立功的刑事责任：一般立功的，可以从轻处罚；重大立功的，可以减轻处罚；自首又有重大立功的，应当减轻处罚或免除处罚。

### 真题示例

(2003-2-9) 甲因盗窃罪被捕，在侦查人员对其审讯期间，他又交待了自己与李某合伙诈骗4万元的犯罪事实，并提供了李某可能隐匿的地点，根据这一线索，侦查机关顺利将李某追捕归案。对甲盗窃罪的处罚，下列哪一项是正确的？

- A. 应当减轻或者免除处罚
- C. 可以从轻或者减轻处罚

- B. 应当从轻或者减轻处罚
- D. 可以减轻或者免除处罚

答案：C。

**解析：**立功分为一般立功与重大立功。一般立功主要表现为：犯罪分子到案后检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实的；阻止他人犯罪活动；协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现。甲构成一般立功。根据《刑法》第68条的规定，犯罪人有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚。

### 重点法条

第六十九条 判宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过3年，拘役最高不能超过1年，有期徒刑最高不能超过20年。

如果数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第七十条 判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。

第七十一条 判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。

### 法条精解

数罪并罚，是指对一人所犯数罪合并处罚的制度。

#### 1. 适用条件

(1) 必须是一行为入犯有数罪。这里的数罪既包括同种数罪，也包括异种数罪，但对判断宣告前的同种数罪，通说认为不并罚。

(2) 行为人所犯数罪，必须发生在法定的时间界限之内。

(3) 必须在对数罪分别定罪量刑的基础上，依照法定的并罚原则、范围与方法，决定执行的刑罚。另外，要注意数罪并罚与罪数理论的关系，罪数理论是基础，在这个基础上再决定是否数罪并罚，比如如果判断出是想象竞合犯，则无需进行数罪并罚。当然，如果有法律的特别规定，则需要按照法律的特别规定。

#### 2. 数罪并罚的原则

《刑法》第69条规定：“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过3年，拘役最高不能超过1年，有期徒刑最高不能超过20年；如果数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行。”根据这个规定可以看出，我国刑法关于数罪并罚的原则是综合原则，兼采吸收原则、限制加重原则和并科原则。

(1) 吸收原则。数罪中有判处死刑或无期徒刑的，其他主刑被死刑、无期徒刑吸收，只执行死刑或无期徒刑，其他刑罚不再执行。

(2) 限制加重原则。对一人所犯数罪分别判处有期徒刑、拘役、管制，则在数刑中最高刑期以上，总和刑期以下，酌情决定执行的刑期。但管制最高不能超过3年、拘役最高不能超过1年，有期徒刑最高不能超过20年。比如某人犯故意杀人罪判处有期徒刑12年，犯盗窃罪判处有期徒刑10年，两罪的最高刑是12





年，总和刑期是22年，在这个幅度内确定刑罚，但由于有期徒刑最长不能超过20年，所以最后可以决定执行18年有期徒刑，这符合限制加重原则。

(3) 并科原则。数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行。根据司法解释：“依法对犯罪分子所犯数罪分别判处有期徒刑金的，应当实行并罚，将所判处的罚金数额相加，执行总和数额。”另外，如果犯罪人犯数罪，一罪判罚金，而另一罪判没收财产，应当合并执行，这里采取的仍是并科原则。但如果其中一罪没收全部财产时，只执行没收财产刑，这里采取的是吸收原则。

### 3. 数罪并罚的具体情况

(1) 判决宣告以前一人犯数罪的并罚。判决宣告以前一人犯数罪，且均已被发现，根据《刑法》第69条的规定数罪并罚。根据通说，在此情况下的同种数罪一般不并罚。

(2) 刑罚执行过程中发现漏罪的并罚（先并后减）。《刑法》第70条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第69条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。”这种规定叫做先并后减。以下具体叙之：

#### ① 前判决针对一罪，在执行期间发现漏罪。

如某人犯盗窃罪，判处有期徒刑10年，在执行的3年后发现了以前还犯有抢劫罪，应当判处有期徒刑12年。先并后减，10年和12年，数罪的最高刑为12年，总和刑期为22年，由于有期徒刑最长不能超过20年，所以最后决定判处17年有期徒刑，由于已经执行了3年，因此还需要执行14年有期徒刑。

#### ② 前判决针对数罪，在执行期间发现漏罪。

如某人犯诈骗罪，判处有期徒刑10年，犯故意伤害罪判处有期徒刑11年，最后决定执行18年有期徒刑，在执行的3年后发现了以前还犯有抢劫罪，应当判处有期徒刑12年。在这种情况下先并后减，数罪的最高刑应为18年，而非11年，这是为了维护判决的稳定性，在18年以上，30年以下决定执行具体刑期，但由于有期徒刑最长不能超过20年，所以最后决定判处20年有期徒刑。由于已经执行了3年，因此还需要执行17年有期徒刑。

#### ③ 前罪假释，在假释期间发现漏罪。

被假释的犯罪分子，在假释考验期内发现漏罪，应当撤销假释，按先并后减的方法实行数罪并罚。比如某人犯盗窃罪，判处有期徒刑10年，在执行的6年被假释，假释考验期为剩余刑期4年，在假释之日起的第2年，又后发现了以前还犯有诈骗罪，应当判处有期徒刑6年。于是先要撤销假释，先并后减，10年和6年，数罪的最高刑为10年，总和刑期为16年，最后决定判处15年有期徒刑，由于已经执行了6年，因此还需要执行9年有期徒刑，这里要特别注意的是，假释考验期经过的时间不能计算在刑罚执行期内。

④ 如果在二审的审理过程中发现的漏罪，应当裁定撤销原判，发回重审，此时，只能适用第69条规定的原则，不能先并后减，因为刑罚并未执行。

(3) 刑罚执行过程中又犯新罪的并罚（先减后并）。刑法第71条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第69条的规定，决定执行的刑罚。”这种规定叫做先减后并。比如某人犯盗窃罪，判处有期徒刑10年，在执行的3年后又犯故意伤害罪，应当判处有期徒刑12年。先减后并，10年已经执行了3年，还有7年，在7年和12年中根据《刑法》第69条规定的数罪并罚原则来确定刑罚，数罪的最高刑为12年，总和刑期为19年，最后决定执行判处17年有期徒刑。

如果前判决针对数罪，在执行期间再犯新罪，在进行先减后并时，也是用前判决确定的执行刑来进行减，而不应该再分折。如果前罪假释，在假释期间再犯新罪，也要撤销假释，先减后并，假释考验期不能计算在刑罚执行期内，不能被减。

### 4. 应当注意的其他问题

在数罪并罚中，还需要注意几个特殊问题

(1) 被判缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内发现漏罪或再犯新罪，应当撤销缓刑，直接按照《刑法》第69条的规定数罪并罚，因为判处缓刑，原判刑罚根本没有执行，没有可减的刑罚，也就无所谓先并后减或先减后并。

(2) 如果犯罪人在刑罚执行期间又犯新罪，并且发现其在原判决宣告以前的漏罪，则先将漏罪与原判决的罪，根据《刑法》第70条规定的先并后减的方法进行并罚；再将新罪的刑罚与前一并罚后的刑罚还没有执行的刑期，根据《刑法》第71条规定的先减后并的方法进行并罚。



(3) 刑罚执行完毕之后又犯罪的,属于累犯问题,而不是数罪并罚的问题。刑罚执行完毕以后发现犯罪人在判决宣告以前还有其他罪没有判决的,如果没有超过追诉时效,应依法定罪量刑,但这既不是数罪并罚问题,也不是累犯问题。

(4) 刑满释放后再犯新罪并发现漏罪的情况。在处理被告人刑满释放后又犯罪的案件时,发现他在前罪判决宣告以前,或者在前罪判处的刑罚执行期间,还犯有其他罪行,未经过处理,并且没有超过追诉时效的,如果漏罪与新罪属于不同种数罪,就应对漏罪与刑满后又犯罪的新罪分别定罪量刑,并依照《刑法》第69条的规定,实行数罪并罚。如果漏罪与新罪属于同种数罪,则原则上以一罪论处,不实行并罚。

#### 5. “先减后并”与“先并后减”的区别

一般说来,前者比后者对于犯罪人而言,更为严厉,尤其是在刑期较长并已经执行的刑期较长的情况下。

(1) 前者合并时的实际起刑点可能高出数刑中的最高刑期。例如,某人犯一罪判处有期徒刑15年,执行第8年后,又犯另一个应当判处14年的新罪,适用先减后并原则,在14年和7年(15~8)年决定刑期,起点刑表面上是14年,但由于已经执行了8年,其实际的起点刑是22年,实际执行的刑期突破法定数罪并罚最高刑期的限制。但如果适用先并后减原则,则永远和判决宣告前的数罪并罚的效果一样。其实际执行的最高刑期不可能突破法定的限制。

(2) 越临近刑满释放,再犯新罪,其实际起点刑可能越高。例如一罪处有期徒刑10年,分别在第3年,第8年,第9年犯另一新罪处有期徒刑8年。在第一种情况下,表面上起点刑为8年(8年和7年之间决定执行刑罚),但实际上已经执行了3年,所以实际起点刑是11年;在第二种情况下,表面上起点刑也是8年(8年和2年之间决定执行刑罚),但实际上已经执行了8年,所以实际起点刑是16年;在第三种情况下,表面上起点刑还是8年(8年和1年之间决定执行刑罚),但实际上已经执行了9年,所以实际起点刑是17年,因此越往后,实际执行的起点刑越高。

### 真题示例

(2008-2-8) 关于罪数的说法,下列哪一选项是错误的?

- A. 甲在车站行窃时盗得一提包,回家一看才发现提包内仅有一支手枪。因为担心被人发现,甲便将手枪藏在浴缸下。甲非法持有枪支的行为,不属于不可罚的事后行为
- B. 乙抢夺他人手机,并将该手机变卖,乙的行为构成抢夺罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪,应当数罪并罚
- C. 丙非法行医3年多,导致1人死亡、1人身体残疾。丙的行为既是职业犯,也是结果加重犯
- D. 丁在绑架过程中,因被害人反抗而将其杀死,对丁不应当以绑架罪和故意杀人罪实行并罚

答案: B。

解析: A项中,甲盗窃提包的行为属于盗窃罪,而后发现提包中有一支手枪没有及时上交,而是私自藏于浴缸下,成立非法持有枪支罪的犯罪,应该数罪并罚,因此, A项说法正确,不选。销赃,是指为犯罪分子转卖、销售其犯罪所得的赃物的行为。B项中,乙抢夺他人手机并变卖的行为属于事后销赃的行为,不能单独再次进行评价,因此, B项说法错误,应选。行医是以实施医疗行为为业的活动,因此,非法行医罪属于职业犯。《刑法》第336条规定。丙非法行医造成1人死亡、1人身体残疾,属于结果加重犯,因此C项说法正确,不选。根据《刑法》第239条规定,绑架罪包含了将被绑架人杀害的情况,因此,丁的行为成立绑架罪,而不应当以绑架罪和故意杀人罪实行并罚,因此, D项说法正确,不选。

### 重点法条

第七十二条 对于被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪分子,根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现,适用缓刑确实不致再危害社会的,可以宣告缓刑。

被宣告缓刑的犯罪分子,如果被判处附加刑,附加刑仍须执行。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第七十三条 拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上1年以下,但是不能少于2个月。

有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上5年以下,但是不能少于1年。

缓刑考验期限,从判决确定之日起计算。

第七十四条 对于累犯,不适用缓刑。





第七十五条 被宣告缓刑的犯罪分子，应当遵守下列规定：（一）遵守法律、行政法规，服从监督；（二）按照考察机关的规定报告自己的活动情况；（三）遵守考察机关关于会客的规定；（四）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。

第七十六条 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，由公安机关考察，所在单位或者基层组织予以配合，如果没有本法第七十七条规定的情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告。

被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。

### 法条精解

缓刑是对原判刑罚附条件暂不执行，但在一定期限内仍保持执行可能性的刑罚制度。缓刑包括一般缓刑和战时缓刑。

1. 一般缓刑是指人民法院对于判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据其犯罪情节和悔罪表现，确实不致再危害社会的，规定一定的考验期，暂不执行原判刑罚的制度。一般缓刑的适用条件：

（1）犯罪分子被判处拘役或者3年以下有期徒刑的刑罚。如果数罪并罚决定执行3年以下有期徒刑、拘役的罪犯，也是可以适用缓刑的。

（2）犯罪分子不是累犯。同样，缓刑之后也不可能成立累犯。

（3）根据犯罪分子的犯罪情节和悔改表现，认为适用缓刑不致再危害社会。

根据最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，对未成年罪犯符合上述条件的，可以宣告缓刑。如果同时具有下列情形之一，对其适用缓刑确实不致再危害社会的，应当宣告缓刑：①初次犯罪；②积极退赃或赔偿被害人经济损失③具备监护、帮教条件。

2. 战时缓刑是指在战时，对被判处3年以下有期徒刑没有现实危险宣告缓刑的犯罪军人，允许其戴罪立功，确有立功表现的，可以撤销原判刑罚，不以犯罪论。战时缓刑的适用条件：

（1）必须在战时。若在平时，军人犯罪只能适用普通缓刑。

（2）只能是判处3年以下有期徒刑的犯罪军人。

（3）必须没有现实危险性，这是战时适用缓刑最关键的条件。

与一般缓刑相比，战时缓刑的特点在于：无考验期限；撤销原判不以犯罪论处。

3. 缓刑考验期。拘役的考验期是1年以下2个月以上。有期徒刑的考验期是5年以下1年以上。判决以前先行羁押的期限，不能折抵考验期。但根据司法解释规定，在缓刑考验期内，有突出表现或立功表现的，可以对原判刑期予以减刑，再对考验期缩短。

4. 考验期遵守的规定。被宣告缓刑的犯罪分子，应当遵守下列规定：

（1）遵守法律、行政法规，服从监督；

（2）按照考察机关的规定报告自己的活动情况；

（3）遵守考察机关关于会客的规定；

（4）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。

缓刑由公安机关考察，所在单位或基层组织予以配合。

5. 缓刑的法律后果

（1）缓刑期间，遵守法律规定，未犯新罪或发现漏罪、没有严重违法行为的，考验期满，原判刑罚不再执行。

（2）撤销缓刑，实行数罪并罚或执行原判刑罚。撤销的情形有三：①犯新罪，撤销缓刑，原判刑罚与新罪按第69条的规定并罚；②发现漏罪，撤销缓刑，原判刑罚与漏罪按第69条的规定并罚；③违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，撤销缓刑，执行原判刑罚。

如果撤销缓刑的，经过的考验期不能折抵刑期，但先前羁押的日期应该折抵刑期。

### 真题示例

（四川2008-2-10）关于缓刑，下列哪一选项是正确的？

A. 对累犯以及杀人、伤害等暴力性犯罪，不得宣告缓刑

B. 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内，只要没有再犯新罪的，缓刑考验期满，原判刑罚就不再

执行

C. 缓刑考验期限，从判决确定之日起计算

D. 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内犯新罪的，应当撤销缓刑，将前罪和后罪所判处的刑罚，依照先减后并的方法决定应当执行的刑罚

答案：C。

解析：根据《刑法》第74条和第81条第2款规定，A项说法错误。根据《刑法》第76条规定可知，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内，不但不能有新的犯罪，而且不能被发现其还有判决宣告以前犯下的没有被判决的犯罪行为，否则就不算考验合格，就要继续执行刑罚。因此，B项说法错误。根据《刑法》第73条第3款规定，C项说法正确。根据《刑法》第77条规定可知，在缓刑考验期内犯新罪撤销缓刑的数罪并罚属于判决宣告前的数罪并罚，不存在减去已执行刑期的问题，因为缓刑视同原判刑罚实际没有被执行。因此，D项说法错误。综上，本题的正确答案是C。

## 重点法条

第七十八条 被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以减刑；有下列重大立功表现之一的，应当减刑：

- (一) 阻止他人重大犯罪活动的；
- (二) 检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；
- (三) 有发明创造或者重大技术革新的；
- (四) 在日常生产、生活中舍己救人的；
- (五) 在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；
- (六) 对国家和社会有其他重大贡献的。

减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；判处无期徒刑的，不能少于10年。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第七十九条 对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。

第八十条 无期徒刑减为有期徒刑的刑期，从裁定减刑之日起计算。

#### 《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》

第一条 根据刑法第七十八条第一款的规定，被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以减刑；有重大立功表现的，应当减刑。

(一) “确有悔改表现”是指同时具备以下四个方面情形：认罪服法；认真遵守监规，接受教育改造；积极参加政治、文化、技术学习；积极参加劳动，完成生产任务。

对罪犯在刑罚执行期间提出申诉的，要依法保护其申诉权利。对罪犯申诉应当具体情况具体分析，不当一概认为是不认罪服法。

(二) “立功表现”是指具有下列情形之一的：1. 检举、揭发监内外犯罪活动，或者提供重要的破案线索，经查证属实的；2. 阻止他人犯罪活动的；3. 在生产、科研中进行技术革新，成绩突出的；4. 在抢险救灾或者排除重大事故中表现积极的；5. 有其他有利于国家和社会的突出事迹的。

(三) “重大立功表现”是指具有刑法第七十八条规定的应当减刑的六种表现之一的情形。

第二条 对有期徒刑罪犯在刑罚执行期间，符合减刑条件的减刑幅度为：如果确有悔改表现的，或者有立功表现的，一般一次减刑不超过一年有期徒刑；如果确有悔改表现并有立功表现，或者有重大立功表现的，一般一次减刑不超过两年有期徒刑。被判处十年以上有期徒刑的罪犯，如果悔改表现突出的，或者有立功表现的，一次减刑不得超过两年有期徒刑；如果悔改表现突出并有立功表现，或者有重大立功表现的，一次减刑不得超过三年有期徒刑。

第三条 有期徒刑罪犯的减刑起始时间和间隔时间为：被判处五年以上有期徒刑的罪犯，一般在执行一年半以上方可减刑；两次减刑之间一般应当间隔一年以上。被判处十年以上有期徒刑的罪犯，一次减二年至三年有期徒刑之后，再减刑时，其间隔时间一般不得少于二年。被判处不满五年有期徒刑的罪犯，可



以比照上述规定，适当缩短起始和间隔时间。

确有重大立功表现的，可以不受上述减刑起始和间隔时间的限制。

**第四条** 在有期徒刑罪犯减刑时，对附加剥夺政治权利的刑期可以酌减。酌减后剥夺政治权利的期限，最短不得少于一年。

**第五条** 对判处拘役或者三年以下有期徒刑、宣告缓刑的犯罪分子，一般不适用减刑。

如果在缓刑考验期间有重大立功表现的，可以参照刑法第七十八条的规定，予以减刑，同时相应的缩减其缓刑考验期限。减刑后实际执行的刑期不能少于原判刑期的二分之一，相应缩减的缓刑考验期限不能低于减刑后实际执行的刑期。判处拘役的缓刑考验期限不能少于两个月，判处有期徒刑的缓刑考验期限不能少于一年。

**第七条** 无期徒刑罪犯在刑罚执行期间又犯罪，被判处有期徒刑以下刑罚的，自新罪判决确定之日起一般在两年之内不予减刑；对新罪判处无期徒刑的，减刑的起始时间要适当延长。

**第八条** 被判处无期徒刑的罪犯减刑后，实际执行的刑期不能少于十年，其起始时间应当自无期徒刑判决确定之日起计算。

**第九条** 根据刑法第五十条的规定，死刑缓期执行罪犯在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑。

对死刑缓期执行罪犯经过一次或几次减刑后，其实际执行的刑期，不得少于十二年（不含死刑缓期执行的二年）。

## 法条精解

减刑，是指对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在刑罚执行期间有悔改或立功表现，而适当减轻其原判刑罚的行刑制度。

### 1. 减刑的适用的条件

(1) 对象条件：被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。

(2) 实质条件：确有悔改或立功表现的，可以减刑。有重大立功，应当减刑。重大立功表现包括：①阻止他人重大犯罪活动的；②检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；③有发明创造或者重大技术革新的；④在日常生产、生活中舍己救人的；⑤在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；⑥对国家和社会有其他重大贡献的。

(3) 限度条件：减刑后实际执行的刑期，无期徒刑不能少于10年（其起始时间应当自无期徒刑判决确定之日起计算），其他刑罚不能少于原判刑期的1/2（起始时间，应当从判决执行之日起计算）。根据司法解释，如果是死缓减为无期或有期徒刑，经过几次减刑后，其实际执行刑期不得少于12年（不包含死刑缓期执行的2年）。所谓“实际执行的刑期”，是指交付执行后犯罪分子实际服刑改造的时间。有期徒刑的实际服刑期包括原来的羁押期，判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。无期徒刑和死缓减为无期或有期徒刑的实际服刑期都不包括原来的羁押期。

(4) 程序条件：对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。

### 2. 减刑后的刑期计算

(1) 对于原判处有期徒刑自由刑的减刑，减刑后的刑期从原判决执行之日起，原已执行的部分，计算在减刑后的刑期之内。

(2) 对于原判处无期徒刑的减刑，其刑期从裁定减刑之日起算，已执行的部分，不计算在减刑后的刑期之内。

(3) 原判无期徒刑减为有期徒刑的，依此再减刑的，从无期徒刑裁定减刑之日起计算。

(4) 对再审改判的案件，如果犯罪分子被减过刑的，其减刑继续有效。

## 真题示例

(2003-2-40) 王某因犯盗窃罪被判处有期徒刑，执行完毕后第四年，再次犯盗窃罪被人民法院判处二年零九个月有期徒刑。人民法院不能对王某适用下列哪些制度？

A. 减刑

B. 缓刑





答案：BC。

**解析：**依据《刑法》第74条的规定，对于累犯，不适用缓刑。《刑法》第81条的规定，对累犯，不得假释。减刑，依据《刑法》的规定，被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，都可以减刑；有重大立功表现的，应当减刑。对于累犯也可以减刑。依据《刑事诉讼法》的规定，保外就医可以适用于被判处拘役和有期徒刑的犯罪分子。累犯只要不是被判处死刑和无期徒刑的，也可以适用保外就医。

## 重点法条

**第八十一条** 被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行10年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，假释后不致再危害社会的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。

对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

**第八十三条** 有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期限为10年。假释考验期限，从假释之日起计算。

**第八十四条** 被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定：

- （一）遵守法律、行政法规，服从监督；
- （二）按照监督机关的规定报告自己的活动情况；
- （三）遵守监督机关关于会客的规定；
- （四）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准

**第八十六条** 被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，依照本法第七十一条的规定实行数罪并罚。

在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释，依照本法第七十条的规定实行数罪并罚。

被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。

#### 《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》

**第十条** 刑法第八十一条第一款规定的“不致再危害社会”，是指罪犯在刑罚执行期间一贯表现好，确已具备本规定第一条第（一）项所列情形，不致违法、重新犯罪的，或者是老年、身体有残疾（不含自伤致残），并丧失作案能力的。

**第十一条** 刑法第八十一条第一款规定的“特殊情况”，是指有国家政治、国防、外交等方面特殊需要的情况。

**第十二条** 根据刑法第八十一条第二款的规定，对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪中的一罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。

**第十三条** 对犯罪时未成年的罪犯的减刑、假释，在掌握标准上可以比照成年罪犯依法适度放宽。未成年罪犯能认罪服法，遵守监规，积极参加学习、劳动的，即可视为确有悔改表现予以减刑，其减刑的幅度可以适当放宽，间隔的时间可以相应缩短。符合刑法第八十一条第一款规定的，可以假释。

**第十四条** 对老年和身体有残疾（不含自伤致残）罪犯的减刑、假释，应当主要注重悔罪的实际表现。对除刑法第八十一条第二款规定的情形之外，有悔罪表现，丧失作案能力或者生活不能自理，且假释后生活确有着落的老残犯，可以依法予以假释。

**第十五条** 对死刑缓期执行罪犯减为无期徒刑或者有期徒刑后，符合刑法第八十一条第一款和本规定第九条第二款规定的，可以假释。

**第十六条** 被假释的罪犯，除有特殊情形，一般不得减刑，其假释考验期也不能缩短。

**第十七条** 罪犯减刑后又假释的间隔时间，一般为一年；对一次减二年或者三年有期徒刑后，又适用假释的，其间隔时间不得少于二年。





第十八条 对判处有期徒刑的罪犯减刑、假释,执行原判刑期二分之一以上的起始时间,应当从判决执行之日起计算,判决执行以前先行羁押的,羁押一日折抵刑期一日。

## 法条精解

假释,是指对被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,在执行一定刑罚后,因认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,不致再危害社会,因而附条件地将其提前释放的制度。

### 1. 假释的条件

(1) 对象条件:被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪人。

(2) 执行刑期条件:有期徒刑必须执行了原判刑期 $1/2$ 以上;无期徒刑必须执行了10年以上;特殊情况可不受此限,但须经最高法院核准,这称为法外假释。

(3) 实质条件:刑罚执行期间确有悔罪表现,假释后不致再危害社会。在执行期间认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,不致再危害社会的。

根据司法解释,在实质条件中,应注意三种情况的假释:①对未成年犯,条件适当放宽;②对老年和身体有残疾的罪犯的假释,只要他们有悔改表现、丧失作案能力、生活能力的可以予以假释。③对死缓犯,经过减刑,不论是几次,符合假释条件的,都可以给予假释。

(4) 程序条件:和减刑一样,都应由执行机关向中级以上人民法院提出假释建议书,人民法院应当组成合议庭进行审理,对符合假释条件的,裁定予以假释。

(5) 消极条件:累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪中的一罪被判10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪人,不得假释(但可以减刑)。

### 2. 假释的考验和撤销

(1) 假释的考验期:有期徒刑的考验期限为没有执行完的刑期,无期徒刑的考验期限为10年。

(2) 考验期应遵守的规定:这和缓刑一样,比管制只少了六大政治自由。①遵守法律、行政法规,服从监督;②按照监督机关的规定报告自己的活动情况;③遵守监督机关关于会客的规定;④离开所居住的市、县或者迁居,应当报经监督机关批准。

(3) 假释的撤销:①考验期内犯新罪,撤销假释,“先减后并”,假释后所经过的考验期,不得计算在新判决确定的刑期内。需要说明的是即使在考验期满后才发现,且没超过追诉时效的,也应撤销假释,“先减后并”。②考验期内,发现漏罪,撤销假释,“先并后减”,假释后所经过的考验期,不得计算在新判决确定的刑期内。如前面不同,如果在考验期满后发现在判决宣告前还有其他罪没有判决的,不得撤销假释,只能对新发现的犯罪另行受理,不得与前罪数罪并罚。③在考验期内,有违反法律、行政法规或应遵守的规定,撤销假释,执行未执行完的刑罚,有期徒刑未执行完的刑罚就是“余刑”,无期徒刑未执行完的刑罚还是无期徒刑。

### 3. 假释与减刑

被假释后除有特殊情形,一般不得减刑,其假释考验期限也不缩短。但减刑后是可以假释的,不过被减刑后又假释的间隔期间一般为1年,对一次减2年、3年有期徒刑者,又适用假释的,其间隔不得少于2年。

## 真题示例

(2009-2-12) 关于假释,下列哪一选项是错误的?

- A. 甲系被假释的犯罪分子,即便其在假释考验期内再犯新罪,也不构成累犯
- B. 乙系危害国家安全的犯罪分子,对乙不能假释
- C. 丙因犯罪被判处有期徒刑二年,缓刑三年。缓刑考验期满后,发现丙在缓刑考验期内的第七个月犯有抢劫罪,应当判处有期徒刑八年,数罪并罚决定执行九年。丙服刑六年时,因有悔罪表现而被裁定假释
- D. 丁犯抢劫罪被判有期徒刑九年,犯寻衅滋事罪被判有期徒刑五年,数罪并罚后,决定执行有期徒刑十三年,对丁可以假释

答案: B。

解析: 本题考核假释。

根据《刑法》规定,被假释的,不能认定为刑罚执行完毕,所以假释考验期内再犯新罪的,不符合累犯的时间条件限制,故不构成累犯。故A项说法正确。根据《刑法》第81条规定,B项说法错误,C项说



法正确。丁因抢劫罪被判处有期徒刑9年，不属于不得假释的情形，故可以适用假释。D项说法正确。

## 重点法条

第八十七条 犯罪经过下列期限不再追诉：

- (一) 法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过5年；
- (二) 法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的，经过10年；
- (三) 法定最高刑为10年以上有期徒刑的，经过15年；
- (四) 法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过20年。

如果20年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第八十八条 在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。

被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。

第八十九条 追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。

在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。

#### 《最高人民法院关于挪用公款犯罪如何计算追诉期限问题的批复》

根据刑法第八十九条、第三百八十四条的规定，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，犯罪的追诉期限从挪用行为实施完毕之日起计算；挪用公款数额较大、超过三个月未还的，犯罪的追诉期限从挪用公款罪成立之日起计算。挪用公款行为有连续状态的，犯罪的追诉期限应当从最后一次挪用行为实施完毕之日或者犯罪成立之日起计算。

## 法条精解

时效，是指刑法规定的对犯罪分子追究刑事责任和执行刑罚的有效期限。它分为追诉时效和行刑时效。我国仅规定了追诉时效，而没有规定行刑时效。

### 1. 追诉时效

追诉时效是指《刑法》规定的对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。犯罪经过下列期限不再追诉：

- (1) 法定最高刑为不满5年有期徒刑的，经过5年；
- (2) 法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的，经过10年；
- (3) 法定最高刑为10年以上有期徒刑的，经过15年；
- (4) 法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过20年。如果20年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

### 2. 追诉期限的计算

(1) 一般犯罪的追诉期限的计算。是指没有连续或继续犯罪状态的犯罪的追诉期。从犯罪之日起算。犯罪之日是指犯罪成立之日。由于《刑法》对各种犯罪规定的构成要件不同，因而认定犯罪成立的标准也就不同。对不以危害结果为要件的犯罪而言，实施行为之日即是犯罪之日；对以危害结果为要件的犯罪而言，危害结果的发生之日，才是犯罪之日。

(2) 连续或继续犯罪追诉期限的计算。对连续犯、继续犯的追诉期限，从行为终了之日起算。

### 3. 追诉时效的中断

追诉时效的中断是指在时效进行期间，因发生法律规定的事由，而使以前所经过的时效期间归于无效，法律规定的事由终了之时，时效重新开始计算。我国时效中断的事由是犯新罪，致使前罪已经过的时效归于无效，从新罪终了之日，重新计算前罪的追诉时效。

需要说明的是，在注意前罪的追诉时效时，不应忽视后罪的追诉时效。若在两个罪的追诉期内，对两个罪都可以追究，实行数罪并罚。

### 4. 追诉时效的延长

追诉时效的延长是指在追诉时效进行期间，因发生法律规定的事由，而使追诉期限延长。我国时效延



长的事由是：

(1) 在公、检、法机关立案侦查或者法院已经受理案件以后，逃避侦查、审判的，不受追诉期限的限制；

(2) 被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉时效的限制。

### 真题示例

(2009-2-55) 1980年初，张某强奸某妇女并将其杀害。1996年末，张某因酒后驾车致人重伤。两案在2007年初被发现。关于张某的犯罪行为，下列哪些选项是错误的？

- A. 应当以强奸罪、故意杀人罪和交通肇事罪追究其刑事责任，数罪并罚
- B. 应当以强奸罪追究其刑事责任
- C. 应当以故意杀人罪追究其刑事责任
- D. 不应当追究任何刑事责任

答案：ABD。

解析：本题考核追诉时效。

张某强奸某妇女并将其杀害，构成强奸罪与故意杀人罪，数罪并罚。该强奸罪不具有从重处罚情节，故法定最高刑为10年有期徒刑；故意杀人罪的法定最高刑为死刑。根据《刑法》第87条和第89条第2款规定，本案中，1980年至1996年经过了16年，在新罪发生时，前面的故意杀人罪的追溯时效还没有过，而强奸罪的追溯时效已经过，不能再追究其强奸罪的刑事责任。另外，前面故意杀人罪的追溯时效在时效期内因又犯交通肇事罪而重新计算，即从1996年开始重新计算故意杀人罪的追溯时效。从1996年年末到2007年案发已过了11年，故意杀人罪的追溯时效没有过，因此，依然要对其故意杀人行为追究刑事责任。

酒后驾驶机动车辆，交通肇事致1人以上重伤，负事故全部或者主要责任，以交通肇事罪定罪处罚，这里并没有加重处罚情节，故法定最高刑为3年。根据《刑法》第87条第1项规定，法定最高刑为不满5年有期徒刑的，追诉时效为5年。从1996年年末到2007年案发已过了11年，故2007年初发现该交通肇事罪时已经过追诉时效，对张某的交通肇事行为不再追究刑事责任。

综上，ABD项说法错误，C项说法正确。本题选错误的，因此，正确答案是ABD。

### 重点法条

第九十六条 本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。

国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

#### 【关联法条】

《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》

全国人民代表大会常务委员会讨论了村民委员会等村基层组织人员在从事哪些工作时属于刑法第九十三条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，解释如下：

村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作，属于刑法第九十三条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”：

- (一) 救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理；
- (二) 社会捐助公益事业款物的管理；
- (三) 国有土地的经营和管理；
- (四) 土地征用补偿费用的管理；
- (五) 代征、代缴税款；
- (六) 有关计划生育、户籍、征兵工作；
- (七) 协助人民政府从事的其他行政管理工作。

村民委员会等村基层组织人员从事前款规定的公务，利用职务上的便利，非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物，构成犯罪的，适用刑法第三百八十二条和第三百八十三条贪污



## 法条精解

### 1. 国家工作人员的四种类型

(1) 国家机关工作人员。是指在国家机关中从事公务的人员，包括在各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。根据有关立法解释的规定，在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，视为国家机关工作人员。在乡（镇）以上中国共产党机关、人民政协机关中从事公务的人员，司法实践中也应当视为国家机关工作人员。

(2) 国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。国有公司、企业是指国家独资的公司、企业。国有资本控股或者参股的股份有限公司从事管理工作的人员，不能一律认定为国家工作人员。

(3) 国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。所谓委派，即委任、派遣，其形式多种多样，如任命、指派、提名、批准等。不论被委派的人身份如何，只要是接受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，代表国家机关、国有公司、企业、事业单位在非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事组织、领导、监督、管理等工作，都可以认定为国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。如国家机关、国有公司、企业、事业单位委派在国有控股或者参股的股份有限公司从事组织、领导、监督、管理等工作的人员，应当以国家工作人员论。国有公司、企业改制为股份有限公司后，原国有公司、企业的工作人员和股份有限公司新任命的人员中，除代表国有投资主体行使监督、管理职权的人外，不以国家工作人员论。

(4) 其他依照法律从事公务的人员。《刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”应当具有两个特征：一是在特定条件下行使国家管理职能；二是依照法律规定从事公务。具体包括：①依法履行职责的各级人民代表大会代表；②依法履行审判职责的人民陪审员；③协助乡镇人民政府、街道办事处从事行政管理工作的村民委员会、居民委员会等农村和城市基层组织人员；④其他由法律授权从事公务的人员。

根据立法解释，村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作的，属于“其他依照法律从事公务的人员”：救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理；社会捐助公益事业款物的管理；国有土地的经营和管理；土地征用补偿费用的管理；代征、代缴税款；有关计划生育、户籍、征兵工作；协助人民政府从事的其他行政管理工作。

### 2. 关于“从事公务”的理解

从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。

## 真题示例

(2009-2-64) 根据《刑法》有关规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 甲系某国企总经理之妻，甲让其夫借故辞退企业财务主管，而以好友陈某取而代之，陈某赠甲一辆价值12万元的轿车。甲构成犯罪
- B. 乙系已离职的国家工作人员，请接任处长为缺少资质条件的李某办理了公司登记，收取李某10万元。乙构成犯罪
- C. 丙系某国家机关官员之子，利用其父管理之便，请其父下属将不合条件的某企业列入政府采购范围，收受该企业5万元。丙构成犯罪
- D. 丁系国家工作人员，在主管土地拍卖工作时向一家房地产公司通报了重要情况，使其如愿获得黄金地块。丁退休后，该公司为表示感谢，自作主张送与丁价值5万元的按摩床。丁构成犯罪

答案：ABC。

解析：本题考查利用影响力受贿罪。《刑法修正案（七）》第13条规定，A、B、C的行为均成立犯罪。





根据规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人事先约定，在其离退休后收受财物，构成犯罪的，以受贿罪定罪处罚。在D项中，丁与该公司没有事先约定，所以在离退休后收受原请托人财物的，不能定受贿罪，D项错误。

## 重点法条

第一百零三条 组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者10年以上有期徒刑；对积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑；对其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

煽动分裂国家、破坏国家统一的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者罪行重大的，处5年以上有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第五十六条 对于危害国家安全犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。

独立适用剥夺政治权利的，依照本法分则的规定。

第一百零五条 组织、策划、实施颠覆国家政权、推翻社会主义制度的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者3年以上有期徒刑；对积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑；对其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

以造谣、诽谤或者其他方式煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者罪行重大的，处5年以上有期徒刑。

第一百零六条 与境外机构、组织、个人相勾结，实施本章第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条规定之罪的，依照各该条的规定从重处罚。

第一百一十三条第2款 犯本章之罪的，可以并处没收财产。

#### 《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 明知出版物中载有煽动分裂国家、破坏国家统一或者煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的内容，而予以出版、印刷、复制、发行、传播的，依照刑法第一百零三条第二款或者第一百零五条第二款的规定，以煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》

第七条 组织和利用邪教组织，组织、策划、实施、煽动分裂国家、破坏国家统一或者颠覆国家政权、推翻社会主义制度的，分别依照刑法第一百零三条、第一百零五条、第一百一十三条的规定定罪处罚。

第九条 对组织和利用邪教组织进行犯罪活动的组织、策划、指挥者和屡教不改的积极参加者，依照刑法和本解释的规定追究刑事责任；对有自首、立功表现的，可以依法从轻、减轻或者免除处罚。

对于受蒙蔽、胁迫参加邪教组织并已退出和不再参加邪教组织活动的人员，不作为犯罪处理。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十条第二款 利用突发传染病疫情等灾害，制造、传播谣言，煽动分裂国家、破坏国家统一，或者煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的，依照刑法第一百零三条第二款、第一百零五条第二款的规定，以煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。

## 法条精解

### 1. 分裂国家罪的犯罪构成

分裂国家罪是指组织、策划、实施分裂国家，破坏国家统一的行为。

(1) 本罪在客观方面表现为组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的行为。所谓组织，是指为分裂国家而安排分散的人使之具有一定的系统性和整体性。组织既包括预备过程中的组织，也包括实施过程中的组织。所谓策划，是指为分裂国家而暗中密谋、策划，实际上是处于一种犯罪预备的状态。所谓实施，是指已经着手，个人或组织地将策划的内容付诸行动。组织、策划、实施是分裂国家行为的不同形式及发展阶段，都属于法律明确规定的程度不同的实行行为。所谓分裂国家，是指破坏多民族国家的统一，其表现形式主要有两种：一是挑拨民族关系，制造民族动乱，搞民族分裂，破坏各民族的团





结和国家的统一；二是搞地方割据，另立伪政府，抗拒中央的领导，破坏国家的统一。破坏国家统一是分裂国家的一种特殊形式或结果，分裂国家则是破坏国家统一的行为手段。分裂国家的手段多种多样，不论此种行为是否造成危害结果，只要行为人具有组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的活动事实，就构成犯罪。

(2) 本罪的主体是一般主体，凡达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人均可成为本罪主体。但在实际中，实施这种行为的，一般是那些在中央和地方窃据党、政、军重要职位的野心家、阴谋家和反动的民族主义者。

(3) 本罪在主观方面表现为故意，即明知组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一而希望或放任结果的发生。

## 2. 本罪与背叛国家罪的界限

背叛国家罪危害的是国家的主权、领土完整和安全，这一客体的涉及面远比本罪的客体广泛的多。本罪侵犯的是国家的统一，国家主权和安全没有落入外国人之手，因而与勾结外国、使国家主权和安全落入外国之手的背叛国家罪是不同的。但是国家统一这个概念，并不完全等于领土完整。国家没有统一，也可能领土完整；国家统一了，也可能领土不完整。因为国家统一是对内而言的，领土完整是对外而言的。另外在客观行为方面，两罪也是不同的。本罪不以勾结外国为要件，后罪则正好相反。总之，本罪与后罪的关系是内乱与外患的关系。

## 3. 与煽动分裂国家罪的界限

煽动分裂国家罪是指煽惑、挑动群众分裂国家、破坏国家统一的行为。

本罪在客体、主体、主观要件方面与分裂国家罪相同。本罪在客观方面表现为煽惑、挑动群众分裂国家、破坏国家统一的行为。煽动是指行为人以语言、文字、图像等方式对他人进行鼓吹煽动，意图使他人接受或相信所煽动的内容或去实行所煽动的分裂国家的行为，而并非行为人自己实行，这是煽动分裂国家罪与分裂国家罪的根本区别。煽动的对象，可以是一人或众人。煽动的方式多种多样，可以是发表言论、散布文字、制作、传播音像制品等。

分裂国家、破坏国家统一，是指窃据地方权力，抗拒中央领导，脱离中央，搞地方割据或地方独立，或者制造民族矛盾和民族分裂，破坏统一的多民族国家。只要行为人进行以分裂国家、破坏国家统一为宗旨的煽动行为，不管其所煽动的对象是否接受或相信所煽动的内容，也不管其是否去实行所煽动的行为，都应属于本条规定的煽动行为。本罪属于行为犯，行为人只要实施了煽动分裂国家、破坏国家统一的行为，不论是否得逞，是否造成严重后果，都应构成犯罪既遂。煽动分裂国家、破坏国家统一的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者罪行重大的，处五年以上有期徒刑。根据本法第56条和第113条的规定，犯本罪的，应当附加剥夺政治权利，可以并处没收财产。根据本法第106条规定，与境外机构、组织、个人相勾结进行分裂国家犯罪和煽动分裂国家犯罪的，依第103条规定从重处罚。

## 4. 分裂国家罪的刑事责任

组织、策划、实施、分裂国家、破坏国家统一的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者10年以上有期徒刑；对积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑；对其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

根据本法第56条和第113条的规定，犯本罪的，应当附加剥夺政治权利，可以并处没收财产。对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。

根据本法第106条规定，与境外机构、组织、个人相勾结进行分裂国家犯罪和煽动分裂国家犯罪的，依第103条规定从重处罚。

犯分裂国家罪而对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣，是本罪的加重处罚事由。这里的对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣，是指造成国家分裂的后果或者引起国内严重动乱。

### 重点法条

第一百零九条 国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃，危害中华人民共和国国家安全的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。

掌握国家秘密的国家工作人员犯前款罪的，依照前款的规定从重处罚。



1. 叛逃罪是指国家机关工作人员以及掌握了国家秘密的其他国家工作人员，在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃，危害中华人民共和国国家安全的行为。

(1) 本罪客观方面的表现应为：①必须在履行公务期间叛逃。②必须是擅离岗位叛逃，没有离开自己工作岗位的，不可能成为叛逃行为。③必须有叛逃行为，包括两种方式：一是在境内履行公务期间叛逃至境外；二是在境外履行公务期间叛逃。④叛逃行为必须危害中华人民共和国国家安全，故单纯逃往境外或不回到境内等并不危害国家安全的行为，不成立本罪。至于叛逃行为是否危害国家安全，则应通过考察行为人为人投奔境外的组织、机构的性质、叛逃的目的与动机、叛逃的方式与手段等进行判断。

(2) 本罪主体是国家机关工作人员，以及掌握国家秘密的国家工作人员。因此，国家机关工作人员以外的没有掌握国家秘密的国家工作人员，以及其他一般公民，不能成为本罪主体。

(3) 本罪主观上只能是故意，行为人明知自己的叛逃行为会发生危害国家安全的后果，并且希望或者放任这种结果发生。

2. 叛逃罪与投敌叛变罪的区别。叛逃罪与投敌叛变罪有相似之处，其主要区别表现在两个方面：

(1) 客观要件不完全相同：叛逃罪不要求投奔敌人营垒与投降敌人，不要求实施其他危害国家安全的活动；投敌叛变罪是一种投奔敌人营垒、投降敌人并进行危害国家安全活动的行为。叛逃罪要求在履行公务期间实施；投敌叛变罪没有这种要求。

(2) 主体要件不同：叛逃罪必须是国家机关工作人员或掌握国家秘密的其他国家工作人员；而投敌叛变罪的主体可以是任何具备犯罪主体一般要件的中国公民。

叛逃罪是特殊主体犯罪，即国家机关工作人员，但根据第2款，掌握国家秘密的国家工作人员也可以构成本罪（不论是否泄露），并且应从重处罚。本罪在客观方面，行为发生的时间是特定的，即在“履行公务期间”。

另外，请注意刑法第430条规定了一个军人叛逃罪，这属于法条竞合。

## 重点法条

第一百一十条 有下列间谍行为之一，危害国家安全的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处3年以上5年以下有期徒刑：

- (一) 参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的；
- (二) 为敌人指示轰击目标的。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百一十一条 明知他人有间谍犯罪行为，在国家安全机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

## 法条精解

### 1. 间谍罪

间谍罪是指参加间谍组织，接受间谍组织及其代理人的任务，或者为敌人指示轰击目标，危害国家安全的行为。

(1) 本罪在客观上表现为三种危害国家安全的行为：①参加间谍组织充当间谍。所谓间谍组织，主要是指外国政府建立的旨在策反我公职人员，向我国国家机构和各种组织进行渗透、窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密和情报，进行颠覆和破坏活动的组织。参加间谍组织，是指行为人履行一定的加入手续（如挑选、登记、专门训练等），或者在非常情况下虽未按常规正式加入，但事实上已作为该间谍组织的成员进行活动。②接受间谍组织及其代理人的任务，在我国进行间谍活动。间谍组织代理人，是指受间谍组织或者其成员的指使、委托、资助，进行或者授意、指使他人进行危害中华人民共和国国家安全活动的人。③为敌人指示轰击目标。它是指为军事侵略我国国家的敌国提供攸关我国安全的重大建设项目、城市等目标的行为。实施上述三种行为之一的，即构成本罪，同时实施这三种行为的，也不实行并罚。

(2) 本罪主观上只能出于故意，故意的内容因行为方式不同而不完全相同。参加间谍组织的，必须明知是间谍组织而参加；接受间谍任务的，必须明知是间谍组织或其代理人派遣的任务而接受；指示轰击目



标的，必须明知对方是敌人而向其指示轰击目标。但不论行为人实施何种行为，都明知自己的行为会发生危害国家安全的结果，并且希望或者放任这种结果发生。

(3) 间谍罪，只要具备下述三种行为之一，即构成本罪：①参加间谍组织；②接受间谍组织及其代理人的任务；③为敌人指示轰击目标。叛逃后又参加间谍组织或者接受间谍任务的，应当按照数罪并罚的原则处理。

## 2. 间谍罪的认定

(1) 行为人实施的间谍行为，必须是针对中华人民共和国，对国家安全造成危害的，否则不构成间谍罪。本条对构成间谍罪的间谍行为作了限制性的规定，即行为人实施的间谍行为必须是危害我国国家安全的。行为人虽实施了间谍行为，若这种行为不具有危害我国国家安全性质的，则不能按间谍罪论处。例如，行为人虽参加了间谍组织，具有间谍身份，但该人参加间谍组织是为了针对其他国家，负有针对其他国家的间谍任务，而并不是针对危害中华人民共和国国家安全而参加间谍组织的，对这种人就不能按间谍罪予以追究。

(2) 要把参加间谍组织的间谍分子同这些组织中的非间谍分子加以区别。所谓非间谍分子，是指间谍组织中未履行参加间谍组织的手续，也未进行间谍活动的工程技术、一般勤杂、医务、传达、庶务等人员。这些人员虽然也来我国旅游、探亲、学术交流、经贸洽谈等，但没有进行间谍活动的，不能按间谍罪予以追究。

(3) 行为人参加间谍组织，接受了间谍组织及其代理人任务后，又去实施所接受的任务，诸如，进行窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或进行如暗杀、放火、爆炸、投毒等破坏活动的行为构成其他犯罪的，应当按间谍罪与其他所犯的罪数罪并罚。行为人参加间谍组织，接受间谍组织及其代理人的任务而进行其他犯罪的，在构成间谍罪的同时，又构成了其他所犯的罪，应予数罪并罚。

## 3. 间谍罪的刑事责任

犯本条所规定之罪的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑。

情节较轻，是指虽然参加间谍组织，但未接受间谍组织及其代理人的任务的，或者接受间谍组织及其代理人的任务，但所实施的间谍行为，确属情节轻微，危害不大的等。

根据本法第56条和第113条的规定，犯本罪的，应当附加剥夺政治权利，可以并处没收财产。对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。所谓危害特别严重、情节特别恶劣是指接受间谍组织及其代理人的任务，进行破坏活动，严重危害国家安全的，或者为敌人指示轰击目标，致使我方遭受特别严重损失的等。

## 真题示例

(2002-2-11) 某国家机关工作人员甲借到M国探亲的机会滞留不归。一年后甲受雇于N国的一个专门收集有关中国军事情报的间谍组织，随后受该组织的指派潜回中国，找到其在某军区参谋部工作的战友乙，以1万美元的价格从乙手中购买了3份军事机密材料。对甲的行为应如何处理？

A. 以叛逃罪论处

B. 以叛逃罪和间谍罪论处

C. 以间谍罪论处

D. 以非法获取军事秘密罪论处

答案：C。

解析：《刑法》第109条规定了叛逃罪。本题中，甲是在出国探亲滞留境外不归，而不是在“履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃”，因此甲不构成叛逃罪，故排除A、B两项。《刑法》第431条第1款规定非法获取军事秘密罪。犯非法获取军事秘密罪，必须具备军人这一特殊主体身份。甲不是现役军人，因此甲不构成非法获取军事秘密罪，故排除D项。根据《刑法》第110条规定，选C项。

## 重点法条

第一百一十一条 为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

## 【关联法条】

### 《刑法》

第二百八十二条 以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的，处3年以下有期徒刑、拘役、管





制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第三百九十八条 国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

非国家机关工作人员犯前款罪的，依照前款的规定酌情处罚。

第四百三十一条 以窃取、刺探、收买方法，非法获取军事秘密的，处5年以下有期徒刑；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑。

为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

《最高人民法院关于审理为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件具体应用法律若干问题的解释》

第二条 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报，具有下列情形之一的，属于“情节特别严重”，处十年以上有期徒刑、无期徒刑，可以并处没收财产：

（一）为境外窃取、刺探、收买、非法提供绝密级国家秘密的；

（二）为境外窃取、刺探、收买、非法提供三项以上机密级国家秘密的；

（三）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报，对国家安全和利益造成其他特别严重损害的。

实施前款行为，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑，并处没收财产。

第三条 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报，具有下列情形之一的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处没收财产：

（一）为境外窃取、刺探、收买、非法提供机密级国家秘密的；

（二）为境外窃取、刺探、收买、非法提供三项以上秘密级国家秘密的；

（三）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报，对国家安全和利益造成其他严重损害的。

第五条 行为人知道或者应当知道没有标明密级的事项关系国家安全和利益，而为境外窃取、刺探、收买、非法提供的，依照刑法第一百一十一条的规定以为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪定罪处罚。

## 法条精解

1. 本罪的概念与特征。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，是指为境外的机构、组织或者个人窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。

（1）必须是为境外的机构、组织、个人窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报。境外机构、组织、个人的性质没有限定，即境外机构、组织与个人是否与我国为敌，并不影响本罪的成立。不是为境外机构、组织、个人窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的，不成立本罪。但为境内的机构、组织、个人窃取、刺探、收买国家秘密或者情报后，非法直接或者间接提供给境外机构、组织或者个人的，仍然成立为境外非法提供国家秘密、情报罪。

（2）行为表现为四种方式。窃取，是指通过盗取文件或者使用计算机、电磁波、照相机等方式取得国家秘密或者情报；刺探，是指使用探听或者一定的侦察技术获取国家秘密或者情报；窃取与刺探似乎没有重要区别。收买，是指利用金钱、物质或其他利益换取国家秘密或者情报；非法提供，是指违反法律规定，将国家秘密、情报直接或者间接使境外机构、组织或者个人知悉，通过互联网将国家秘密或者情报非法发送给境外的机构、组织、个人的，属于非法提供。

（3）行为的对象是国家秘密或者情报。国家秘密是指关系国家安全和利益，依法确定的在一定时间内只限一定范围内的人员知悉的事项，其具体内容是：A. 国家事务重大决策中的秘密事项；B. 国防建设和武装力量活动中的秘密事项；C. 外交和外事活动中的秘密事项，以及对外承担保密义务的事项；D. 国民经济和社会发展中的秘密事项；E. 科学技术中的秘密事项；F. 维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项；G. 其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。国家秘密分为绝密、秘密与机密三个密级，任何密级的国家秘密都可能成为本罪对象。根据《最高人民法院关于审理为境外窃取、刺探、收买、



非法提供国家秘密、情报案件具体应用法律若干问题的解释》，这里的“情报”，是指关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项。

(4) 本罪主观方面只能是故意，即明知是国家秘密或者情报，而故意为境外机构、组织、个人窃取、刺探、收买或者非法提供。根据上述司法解释，“行为人知道或者应当知道没有标明密级的事项关系国家安全和利益”，而为境外窃取、刺探、收买、非法提供的，以本罪论处。不过，将“应当知道”而实际上并不知道的情形，认定为故意犯罪，意味着将过失行为认定为故意犯罪，存在疑问。

2. 本罪的刑事责任。根据《刑法》第111条、第113条和第56条的规定，犯为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。犯本罪的，可以并处没收财产；应当附加剥夺政治权利。

根据上述司法解释，具有下列情节之一，适用5年以上10年以下有期徒刑的法定刑：①为境外窃取、刺探、收买、非法提供机密级国家秘密的；②为境外窃取、刺探、收买、非法提供3项以上秘密级国家秘密的；③为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报，对国家安全和利益造成其他严重损害的。

具有下列情节之一，属于“情节特别严重”，适用10年以上有期徒刑或者无期徒刑的法定刑：①为境外窃取、刺探、收买、非法提供绝密级国家秘密的；②为境外窃取、刺探、收买、非法提供3项以上机密级国家秘密的；③为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报，对国家安全和利益造成其他特别严重损害的。

3. 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与间谍罪的区别。间谍罪通常与间谍组织有密切联系，本罪一般表现为个人行为。另外间谍罪的犯罪对象不只是国家秘密或情报，还包括其他破坏活动。

#### 4. 法条竞合

如果犯罪对象是军事秘密，犯罪主体是军人，则构成《刑法》第431条第2款的“为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪”。

5. 通过互联网将国家秘密或者情报非法发送给境外的机构、组织、个人的，以本罪定罪处罚；将国家秘密通过互联网予以发布，情节严重的，以故意泄露国家秘密罪定罪处罚。

### 真题示例

(2009-2-13) 某国间谍戴某，结识了我某国家机关机要员黄某。戴某谎称来华投资建厂需了解政策动向，让黄某借工作之便为其搞到密级为“机密”的《内参报告》四份。戴某拿到文件后送给黄某一部手机，并为其子前往某国留学提供了六万元资金。对黄某的行为如何定罪处罚？

- A. 资助危害国家安全犯罪活动罪、非法获取国家秘密罪，数罪并罚
- B. 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与受贿罪，数罪并罚
- C. 非法获取国家秘密罪、受贿罪，数罪并罚
- D. 故意泄露国家秘密罪、受贿罪，从一重罪处断

答案：B。

解析：本题考核为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的认定。资助危害国家安全犯罪活动罪是指境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施背叛国家、分裂国家、煽动分裂国家、武装叛乱、暴乱、颠覆国家政权、煽动颠覆国家政权的行为。黄某的行为显然不构成此罪，故A项说法错误。非法获取国家秘密罪是指以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的行为。本题黄某不构成此罪。C项说法错误。故意泄露国家秘密罪是指国家机关工作人员或者非国家机关工作人员违反保守国家秘密法，故意使国家秘密被不应知悉，或者故意使国家秘密超出限定的接触范围，情节严重的行为。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪是指为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报的行为。黄某虽然存在泄露国家秘密的行为，但其提供秘密的对方为境外人员，故应适用特殊规定，构成为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪。因受贿而进行违法活动构成其他罪的，依照数罪并罚的规定处罚。故B项正确，排除D。

### 重点法条

第一百一十二条 战时供给敌人武器装备、军用物资资敌的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑。





## 【关联法条】

### 《刑法》

第一百零七条 境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施本章第一百零二条、第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条规定之罪的，对直接责任人员，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处5年以上有期徒刑。

## 法条精解

1. 战时资敌罪，是指战时供给敌人武器装备、军用物资资敌的行为。

2. 本罪在客观上表现为战时供给敌人武器装备、军用物资资助的行为。其中的“敌人”不是指个别的敌对分子，而是指敌对营垒或敌对的武装力量；资助的时间仅限于战时（参见《刑法》第451条）；资助的方法仅限于供给敌人武器装备、军用物资。供给其他物资、情报，以其他方法资助敌人，或者在平时供给敌人武器装备、军用物资的，不成立本罪，视性质与情节成立间谍罪或其他犯罪。

3. 本罪主观上必须出于故意，即明知处于战时，明知对象为敌人，而故意供给武器装备、军用物资予以资助。

根据《刑法》第112条、第113条和第56条的规定，犯战时资敌罪，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑；对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。犯本罪的，可以并处没收财产；应当附加剥夺政治权利。

## 重点法条

第一百一十四条 放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。

## 【关联法条】

### 《刑法》

第一百一十五条 放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

过失犯前款罪的，处10年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定，按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗，过失造成传染病传播，情节严重，危害公共安全的，依照刑法第一百一十五条第二款的规定，按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

## 法条精解

1. 危害公共安全罪的概念与特征

(1) 危害公共安全罪的概念。危害公共安全罪，是指故意或者过失地实施危害不特定或者多数人的生命、健康或者公私财产的安全的行为。这类犯罪被视为普通刑事犯罪中危害最严重的犯罪。

(2) 危害公共安全罪保护的法益是公共安全，或者说这些犯罪侵犯的是公共安全；行为具有公共危险时才可能危害公共安全。我国刑法理论认为公共安全是指不特定多数人生命、健康、重大公私财物以及公共生产、生活的安全。但是，“不特定多数人”的表述意味着特定的多数人的生命、健康或财产的安全，以及不特定人的生命、健康或财产的安全，都不是公共安全。这似乎缩小了危害公共安全罪的范围，事实上也与司法实践不相符合。例如，有些违反交通规则造成事故的行为只是危害了特定多数人生命、健康或者财产的安全，或者只是危害了不特定人的生命、健康或者财产的安全，但司法机关仍然将其认定为交通肇事罪。

2. 放火罪的概念和特征

放火罪，是指故意引起火灾，危害公共安全的行为。其基本特征如下：

(1) 客观方面实施了放火行为。①“放火”是指故意使对象物燃烧、引起火灾的行为。放火的方法没



有限制，既可以是作为，也可以是不作为；既可以直接使对象燃烧，也可以是通过媒介物使对象燃烧，还可以通过既存的火力引起对象燃烧。②燃烧的对象主要是财物，也可能是财物以外的对象。自焚行为足以危害公共安全的，也成立放火罪。燃烧财物时，不管财物是他人所有还是自己所有，只要足以危害公共安全，就属于放火。燃烧他人财物不足以危害公共安全的，只能构成故意毁坏财物罪；燃烧自己财物不足以危害公共安全的，不构成犯罪。由于放火是危险性很大的行为，故只要实施了足以危害公共安全的放火行为就构成放火罪，不要求造成实际的危害结果。

(2) 主体是已满14周岁、具有辨认和控制自己行为能力的自然人。

(3) 主观方面只能是故意，即明知自己的放火行为会发生危害公共安全的结果，并且希望或者放任这种结果的发生。放火的动机可能多种多样，但它们只影响量刑，而不影响定罪。

### 3. 放火罪的刑事责任

《刑法》第114条与第115条对放火罪规定了两个层次的法定刑：犯放火罪尚未造成严重后果的，适用第114条，处3年以上10年以下有期徒刑；犯放火罪致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，适用第115条，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。在处罚放火罪时，应注意以下问题：

(1) 根据犯罪的结果正确选择法定刑。“尚未造成严重后果”包括两种情况：①放火行为没有造成任何实际损害后果；②放火行为造成了一定的实际损害后果，但并不严重。在这两种情况下，只能根据《刑法》第114条的法定刑处罚。只有当放火行为造成他人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失时，才能根据《刑法》第115条的法定刑处罚。

(2) 正确区分放火的既遂、未遂与中止。《刑法》通说认为，放火行为导致对象物烧毁时，就是放火罪的既遂，也即是持独立燃烧说。因此，使对象物独立燃烧的行为足以危害公共安全，只是由于意志以外的原因没有达到独立燃烧程度的，可视为放火罪的未遂。使对象物独立燃烧的行为足以危害公共安全，行为人自动使其没有达到独立燃烧程度的，属于放火罪的中止。但是，在放火行为导致对象物燃烧的状态下，行为人将引燃物撤离对象物，或者将引燃部分扑灭，但对象物仍然可以独立继续燃烧的，只能认定为放火既遂，不成立放火中止。

(3) 正确区分一罪与数罪。放火行为是危害公共安全的行为，可能造成多种结果。行为人在一个放火故意支配下实施一个放火行为，造成多种结果的只能认定为一个放火罪。但是，行为人实施了其他犯罪行为后为了销毁罪证而放火，或者为了骗取保险金而放火并且已经着手骗取保险金的，应实行数罪并罚。

### 4. 失火罪的概念与特征

(1) 失火罪是指过失引起火灾，危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

(2) 失火罪在客观上要求引起了火灾，造成了他人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，危害了公共安全。仅有失火行为，但没有造成严重后果的，不能认定为失火罪。失火行为虽然造成了严重后果，但没有危害不特定或者多数人的生命、健康或财产安全的，也不能认定为失火罪。

(3) 失火罪在主观上只能是过失，即应当预见自己的行为可能引起火灾，可能造成危害公共安全的危害结果，因为疏忽大意没有预见或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果。如果由于不能预见或不能抗拒的原因导致火灾，则不构成失火罪。

根据《刑法》第115条第2款的规定，犯失火罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

### 5. 决水罪、过失决水罪

(1) 决水罪，是指利用水的破坏作用，制造水患，危害公共安全的行为。

① 本罪客观方面表现为实施了危害公共安全的决水行为。“决水”是指使受到控制的水的自然力解放出来，造成水的泛滥。解放的手段没有限制，既可以是作为，也可以是不作为；所解放的水既可以是河流中的水，也可以是储存的水。

② 本罪主观方面表现为故意，行为人明知自己的行为会造成水患，并且希望或者放任水患的发生。

③ 关于决水罪的既遂标准，《刑法》理论上财物浸没说（财物被水淹没）、物质毁损说（财物被毁损）、效用灭失说（财物丧失效用）、公共危险说（足以危及公共安全）与水流开始说（所决之水开始流动）。本书基本赞成水流开始说，因为水流开始意味着水流在时间上或者空间上丧失控制，此时应认定为决水罪的既遂。

根据《刑法》第114条、第115条的规定，犯决水罪尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。





(2) 过失决水罪，是指过失造成水患，危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

① 客观方面表现为造成水患，危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。

② 主观方面为过失，包括疏忽大意的过失与过于自信的过失。

根据《刑法》第115条第2款的规定，犯过失决水罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 6. 爆炸罪、过失爆炸罪

(1) 爆炸罪，是指故意引起爆炸物或其他设备、装置爆炸，危害公共安全的行为。

① 本罪客观方面表现为实施了引起爆炸物或其他设备、装置爆炸，危害公共安全的行为。引起爆炸物爆炸，主要是指引起炸弹、炸药包、手榴弹、雷管及各种易爆的固体、液体、气体物品爆炸。引起其他设备、装置爆炸，主要是指利用各种手段，导致机器、锅炉等设备或装置爆炸。爆炸行为必须危害公共安全，即必须足以危害不特定或者多数人的生命、健康或财产，否则不成立本罪；但成立本罪不要求发生具体损害结果。

② 本罪主体是已满14周岁，具有辨认控制能力的自然人。

③ 主观方面必须出于故意，即明知自己的爆炸行为会发生危害公共安全的结果，并且希望或者放任这种结果发生。

行为人采用爆炸方法引起火灾，因为火灾而危害公共安全的，应认定为放火罪；采用爆炸方法决堤制造水患，危害公共安全的，应认定为决水罪。但在爆炸引起火灾、水患的情况下，如果爆炸行为本身（即使不发生火灾、水患）也足以危害公共安全时，则宜认定为想象竞合犯，从一重处罚。由于法定刑相同，只能通过考察爆炸与放火、决水各自的情节轻重确定罪名，即爆炸情节重于放火、决水情节时，应认定为爆炸罪；反之亦然。

根据《刑法》第114条和第115条的规定，犯爆炸罪尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

(2) 过失爆炸罪，是指过失引起爆炸，危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

根据《刑法》第115条第2款的规定，犯过失爆炸罪的处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 7. 投放危险物质罪、过失投放危险物质罪

(1) 投放危险物质罪，是指故意投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。其基本特征是：

① 客观上实施了投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。其一，行为人投放的必须是毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质，包括危险气体、液体、固体。其二，必须有投放行为。投放行为的主要方式：一是将危险物质投放于供不特定或多数人饮食的食品或饮料中；二是将危险物质投放于供人、畜等使用的河流、池塘、水井等中；三是释放危险物质，如将沙林、传染病病原体释放于一定场所。其三，投放危险物质的行为必须危害公共安全，因此，故意使用危险物质杀害特定个人或特定牲畜的，不构成投放危险物质罪。

② 主观上必须出于故意，行为人明知自己投放危险物质的行为会发生危害不特定或多数人的生命、健康或重大财产的结果，并且希望或者放任这种结果的发生。犯罪动机不影响本罪的成立。

根据《刑法》第114条与第115条的规定，犯投放危险物质罪尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

(2) 过失投放危险物质罪，是指过失投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

① 过失投放危险物质罪的成立，要求有投放上述危险物质的行为；该行为必须危害公共安全，并造成了严重后果。

② 行为人主观上必须出于过失。

根据《刑法》第115条第2款的规定，犯过失投放危险物质罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。



## 8. 以危险方法危害公共安全罪、过失以危险方法危害公共安全罪

### (1) 概念与特征

① 以危险方法危害公共安全罪指故意使用放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的危险方法危害公共安全的行为。

② 过失以危险方法危害公共安全罪，则是指过失使用放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的危险方法危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。③两罪的区别有两点：一是主观要件不同：前者是故意，后者是过失；二是对结果要求不同：前者的成立不要求发生严重后果，后者的成立以发生严重后果为要件。

### (2) 对本罪构成要件的理解

① “以其他危险方法”仅限于与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法，而不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。因为《刑法》将本罪规定在第114条与第115条之中，根据同类解释规则，它必须与前面所列举的行为相当。根据该罪所处的地位，“以其他危险方法”只是《刑法》第114条、第115条的“兜底”规定，而不是《刑法分则》第2章的“兜底”规定。根据《刑法》第114条的表述，只有那些针对《刑法》第114条列举的对象具有严重“破坏”性，并且危害公共安全的危险行为，才能认定为本罪。换言之，对那些与放火、爆炸等危险方法不相当的行为，不管是否危害公共安全，都不宜认定为本罪。

② 如果某种行为符合其他犯罪的构成要件，应尽量认定为其他犯罪，不宜认定为本罪。例如，在公共场所故意驾车撞人或者开枪射击的，宜认定为故意杀人罪，不宜认定为本罪；对劫持火车、电车的行为，宜认定为破坏交通工具罪，而不宜认定为本罪。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定：故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，依照《刑法》第114条、第115条第1款的规定，按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗，过失造成传染病传播，情节严重，危害公共安全的，依照《刑法》第115条第2款的规定，按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。合适与否，尚需进一步研究。

根据《刑法》第114条与第115条的规定，故意以危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑；过失以危险方法危害公共安全，造成严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 9. 投放危险物质罪

投放危险物质罪指投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。

(1) 与投放虚假危险物质罪的区别 如果明知是虚假危险物质而投放，制造恐慌的，应以《刑法》第291条规定的投放虚假危险物质罪定罪。

(2) 与危险物品肇事罪、重大环境污染事故罪的区别。

① 这两个犯罪都是过失犯罪，而投放危险物质罪是故意犯罪。

② 危险物品肇事罪必须违反危险物品（易燃、易爆、放射性）的管理规定，在生产、使用、运输、管理的过程中，因为违章造成严重后果的行为，它是一种业务过失。而投放危险物质罪并没有任何限制。

③ 重大环境污染事故罪的主体是单位主体，要求违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的。投放危险物质罪是一般主体，也没有上述行为和结果的限制。

(3) 与生产销售有毒、有害食品罪的区别：生产、销售有毒、有害食品也会危害公共安全，但它是在有关食品的生产销售过程中发生的，目的通常是为了营利，不是追求毒害他人的结果。

## 10. 以危险方法危害公共安全罪

对于这个犯罪必须具有危险方法的等同性，其方法要和放火、决水、爆炸、投放危险物质方法的危险性质相当。比如开车乱撞人，故意扯电网就可构成此罪。根据司法解释故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，应以此罪论处。另外，需说明的是，此罪是个罪，而不能将其混淆为类罪（危害公共安全罪）。

## 11. 与五种故意犯罪的界定

(1) 注意与故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪的区别。区别的关键在于是



否危害公共安全。

(2) 既遂标准。本类犯罪都是危险犯,只要对公共安全有具体的危险就构成既遂。尤其注意放火罪采取独立燃烧说。只要实施了放火行为,使标的物达到独立燃烧程度,足以危害公共安全的,即使实际上没有造成灾害,也是既遂。

#### 12. 五种过失犯罪的界定

这五种过失犯罪都是一般过失,而非业务过失,这是它们和责任事故类犯罪的区别所在。如果在生产作业过程中,违反规定,发生火灾、爆炸等,就应该以责任事故类犯罪论处。

另外,根据司法解释患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗,过失造成传染病传播,情节严重,危害公共安全的,应按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

### 真题示例

1. (2007-2-58) 下列哪些情形构成以危险方法危害公共安全罪?

- A. 投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质,严重扰乱社会秩序的
- B. 故意破坏正在使用的矿井下的通风设备的
- C. 违反国家规定,向土地大量排放危险废物,造成重大环境污染事故,导致多人死亡的
- D. 故意传播突发性传染病病原体,危害公共安全的

答案:BD。

解析:以危险方法危害公共安全罪,是指故意以放火、决水、爆炸、投毒以外的并与之相当的危险方法,足以危害公共安全的行为。根据《刑法》第291条之一规定,A项的情形构成投放虚假危险物质罪;编造、故意传播虚假恐怖信息罪,并不构成以危险方法危害公共安全罪,所以A项是错误的,D项是正确的。根据《刑法》第114条规定,B项中故意破坏正在使用的矿井下通风设备会对井下的工作人员的生命安全造成严重危害,所以构成以危险方法危害公共安全罪。所以B是正确的。根据《刑法》第338条规定,C项中的情形构成重大环境污染事故罪。所以C是错误的。故BD正确。

2. (2008-2-55) 甲雇凶手乙杀丙,言明不要造成其他后果。乙几次杀丙均未成功,后来采取爆炸方法,对丙的住宅(周边没有其他人与物)进行爆炸,结果将丙的妻子丁炸死,但丙安然无恙。关于本案,下列哪些说法是错误的?

- A. 甲与乙构成共同犯罪
- B. 甲成立故意杀人罪(未遂)
- C. 乙对丙成立故意杀人未遂,对丁成立过失致人死亡罪
- D. 乙对丙成立爆炸罪,对丁成立过失致人死亡罪

答案:BCD。

解析:甲雇乙杀丙,甲、乙构成“二人以上共同故意杀人”,因此构成共同犯罪,A的说法正确,不当选。同时,题干中说乙对丙的住宅进行爆炸,但是该住宅的周边没有其他人与物,因此,该爆炸行为不会危害到公共安全,因此,不以爆炸罪论处,应该属于以爆炸的方式进行杀人的行为,因此,依然认定为故意杀人罪,而不能认定为爆炸罪。因此,D项说法错误,应该选。乙本想杀害丙,结果把丙的妻子丁杀死,属于具体事实错误中的对象错误,因丙对象与丁对象体现相同的法益,行为人认识内容与客观事实仍然属于同一犯罪构成的情况,因此,乙无论结果把丙杀死了还是把丁杀死了,都成立故意杀人罪的既遂。又因甲乙是共犯,因此,一人既遂全体既遂,因此,甲乙都成立故意杀人罪的既遂,B、C的说法错误,应选。

3. (2008-2-60) 甲曾向乙借款9000元,后不想归还借款,便预谋毒死乙。甲将注射了“毒鼠强”的白条鸡挂在乙家门上,乙怀疑白条鸡有毒未食用。随后,甲又乘去乙家串门之机,将“毒鼠强”投放到乙家米袋内。后乙和其妻子、女儿喝过米汤中毒,乙死亡,其他人经抢救脱险。关于甲的行为,下列哪些选项是错误的?

- A. 构成投放危险物质罪
- B. 构成投放危险物质罪与抢劫罪的想象竞合犯
- C. 构成投放危险物质罪与故意杀人罪的想象竞合犯
- D. 构成抢劫罪与故意杀人罪的吸收犯

答案:ABCD。

解析:投放危险物质罪,是指故意投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质,危害公共安全的行为。





故意使用危险物质杀害特定个人或特定牲畜的，不构成投放危险物质罪。在本题中，甲是利用危险物质杀害特定个人，不符合危害公共安全的客观要件要求，不构成投放危险物质罪，而构成故意杀人罪。抢劫罪是以非法占有为目的，对财物的所有人、保管人当场使用暴力、胁迫或其他方法，强行将公私财物抢走的行为。抢劫罪的暴力必须在取得他人财物的当场实施。在本题中，甲虽然是因不想归还借款而实施的杀人行为，但是暴力行为并不具有抢劫罪要求的当场性，因此，甲不构成抢劫罪。A、B、C、D项说法均错误，应选。

4. (2008-2-10) 甲到本村乙家买柴油时，因屋内光线昏暗，甲欲点燃打火机看油量。乙担心引起火灾，上前阻止。但甲坚持说柴油见火不会燃烧，仍然点燃了打火机，结果引起油桶燃烧，造成火灾，导致甲、乙及一旁观看的丙被火烧伤，乙、丙经抢救无效死亡。后经检测，乙储存的柴油闪点不符合标准。甲的行为构成何罪？

A. 危险物品肇事罪

B. 失火罪

C. 放火罪

D. 重大责任事故罪

答案：B。

**解析：**失火罪是指过失引起火灾，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，危害公共安全的行为。失火罪的对象是财物与人身；客观要件是过失引起火灾；主观要件是过失；主体是一般主体。本题中乙的行为属于过失引起火灾，确切一点说是过于自信的过失引起的火灾，因此构成失火罪。答案B是正确的。危险物品肇事罪是指违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的行为。由此A错误，不当选；放火罪的主观要件是故意，而不是过失，由此C错误，不当选；重大责任事故罪是指在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为，由此D错误，不当选。本题正确答案是B项。

## 重点法条

第一百一十六条 破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百一十九条 破坏交通工具、交通设施、电力设备、燃气设备、易燃易爆设备，造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

过失犯前款罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 法条精解

1. 破坏交通工具罪是指故意破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使其发生倾覆、毁坏危险或者造成严重后果的行为。其基本特征是：

(1) 客观方面表现为破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使其发生倾覆、毁坏危险或者造成严重后果的行为。①行为破坏的对象是关涉不特定或者多数人的生命、健康或者重大财产安全的火车、汽车、电车、船只、航空器。刑法理论一般对其中的“汽车”作扩大解释，即包括大型拖拉机，因为破坏大型拖拉机也会发生危害公共安全的结果。破坏自行车、人力三轮车、马车等非机动车工具的，由于一般不足以危害公共安全，故不构成本罪。由于本罪属于危害公共安全的犯罪，故并非任何火车、汽车、电车、船只等都能成为本罪对象，只有当火车、汽车等交通工具关涉公共安全时，才能成为本罪对象。火车、汽车等交通工具是否关涉公共安全，主要从交通工具所处的状态进行判断。一般来说，交通工具处于下列状态时，便成为本罪对象：第一，交通工具正在行驶（飞行）中；第二，交通工具处于已交付随时使用的状态；第三，交通工具处于不需再检修便使用的状态，例如，交付检修的汽车的刹车系统并无故障，但汽车检修人员首先破坏刹车系统，然后只检修其他部件，再交付使用的，仍然构成破坏交通工具罪。②实施了破坏行为，通常是指对上述交通工具的整体或者重要部件的破坏；不影响交通运输安全的行为不包括在内。劫持航空器、船只、汽车的行为成立其他独立犯罪，不成立本罪；但刑法没有将劫持火车、电车的行为规定为独立犯罪，从实质上看，劫持火车、电车的行为也足以使火车、电车发生倾覆、毁坏危险，故应将劫持火车、电车的行为视为本罪的破坏行为。③破坏行为必须足以使火车、汽车、电车、船只或者航空器发生倾覆、毁坏危险。倾覆是指火车出轨、汽车电车翻车、船只翻沉、航空器坠落等；毁坏是指造成交通工



具的性能丧失、报废或者其他重大毁损；危险是指具有倾覆、毁坏的现实可能性。实际上的倾覆与毁坏只是本罪法定刑升格的条件，而不是本罪的构成要件；行为人窃取交通工具的部件且数额较大或者多次窃取，但不可能发生上述危险的，只能认定为盗窃罪。

(2) 主观上出于故意，即明知自己破坏火车、汽车、电车、船只、航空器的行为会发生使其倾覆或者毁坏的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。犯罪动机不影响本罪的成立。出于贪利动机窃取交通工具的关键部件，足以发生使其倾覆或毁坏危险的，也成立破坏交通工具罪。

根据《刑法》第116条和第119条的规定，犯破坏交通工具罪，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

2. 过失损坏交通工具罪是指过失破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，危害交通运输安全，造成严重后果的行为。

(1) 本罪的客观方面要件是，破坏关涉公共安全的火车、汽车、电车、船只、航空器，危害了交通运输安全，造成了严重后果。

(2) 主观要件是应当预见自己的行为可能造成火车、汽车、电车、船只、航空器倾覆、毁坏的结果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果。

根据《刑法》第119条第2款的规定，犯过失损坏交通工具罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

注意：五种故意犯罪都有可能和盗窃罪、故意毁坏财物罪发生想象竞合关系。这关键看犯罪对象是否是“正在使用的”，如果是尚未交付使用或已废弃的，则不存在侵害公共安全，那只应该以盗窃等罪定性，但如果是“正在使用的”，则侵害了公共安全，为想象竞合。

### 真题示例

(2006-2-60) 下列哪些说法是错误的？

- A. 甲将乙价值2万元的戒指扔入海中，由于戒指本身没有被毁坏，甲的行为不构成故意毁坏财物罪
- B. 甲见乙迎面走来，担心自己的手提包被乙夺走，便紧抓手提包。乙见甲紧抓手提包，猜想包中有贵重物品，在与甲擦肩而过时，当面用力夺走甲的手提包。由于乙并非乘人不备而夺取财物，所以不构成抢夺罪
- C. 甲将一张作废的IC卡插入银行的自动取款机试探，碰巧自动取款机显示能够取出现金，于是甲取出5000元。甲将IC卡冒充借记卡的欺骗行为在本案中起到了主要作用，因而构成诈骗罪
- D. 甲系汽车检修厂职工，发现自己将要检修的一辆公交车为仇人乙驾驶，便在检修时破坏了刹车装置，然后交付使用。乙驾驶该车时，因刹车失灵，导致与其他车辆相撞，造成三人死亡，一人重伤。由于甲不是对正在使用中的交通工具实施破坏手段，所以不构成破坏交通工具罪

答案：ABCD。

解析：A项，甲的行为使乙丧失了对物的占有和支配，实际上乙已经不可能再占有和使用戒指，故甲构成故意毁坏财物罪。注意毁坏公私财物的方法多种多样。B项，被害人甲虽然有所警觉，但被害人的警觉并未为乙所认知，故乙的行为仍然是乘人不备，公然夺取，构成抢夺罪。C项中用作废的IC卡提取现金，符合《刑法》第196条第1款第2项的构成要件，是典型的信用卡诈骗罪，而不是诈骗罪。D项，破坏交通工具罪在客观方面表现为实施破坏火车、汽车、电车、船只、航空器的行为，并且足以使其发生倾覆、毁坏危险。本罪的犯罪对象必须是正在使用中的交通工具，包括停机待修中的火车、汽车、电车、船只和航空器。故本选项中，甲破坏一辆检修中的公交车，并交付使用造成严重后果，符合破坏交通工具罪的犯罪构成。故ABCD都错误，均应当选。

### 重点法条

第一百一十七条 破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百一十九条 破坏交通工具、交通设施、电力设备、燃气设备、易燃易爆设备，造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。



过失犯前款罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 法条精解

1. 破坏交通设施罪是指故意破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险或者造成严重后果的行为。其基本特征如下：

(1) 客观方面表现为破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险或者造成严重后果。首先，破坏的对象是关涉公共安全的交通设施。对如何确定“公路”的范围，理论上还有不同看法。我们认为，凡是可供汽车（包括大型拖拉机）、电车通行的道路均应认为是公路。其次，必须实施了破坏行为，包括使交通设施本身遭受毁损和使交通设施丧失应有性能的行为，如拆卸铁轨、拔去枕木、毁损标志、熄灭灯塔上的灯光、在公路或机场上挖坑掘穴等。再次，破坏行为必须足以使火车、汽车、电车、船只或者航空器发生倾覆、毁坏危险，实际上的倾覆与毁坏只是本罪法定刑升格的条件。

(2) 主观上出于故意，即明知自己破坏交通设施的行为会发生使交通工具倾覆或者毁坏的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。犯罪动机不影响本罪的成立。出于贪利动机窃取交通设施或其关键部件，足以使交通工具发生倾覆或毁坏危险的，也成立本罪。

根据《刑法》第117条和第119条的规定，犯破坏交通设施罪，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

2. 过失损坏交通设施罪是指过失破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志，危害交通运输安全，造成严重后果的行为。

(1) 本罪的客观要件是，实施了破坏上述交通设施的行为；破坏行为危害公共安全，已经造成了严重后果。

(2) 主观要件是，应当预见自己破坏交通设施的行为可能发生使交通工具倾覆或者毁坏的结果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免，以致发生该结果。

根据《刑法》第119条第2款的规定，犯过失损坏交通设施罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 真题示例

(2006-2-10) 甲盗割正在使用中的铁路专用电话线，在构成犯罪的情况下，对甲应按照下列哪一选项处理？

- A. 破坏公用电信设施罪
- B. 破坏交通设施罪
- C. 甲盗窃罪与破坏交通设施罪中处罚较重的犯罪
- D. 盗窃罪与破坏公用电信设施罪中处罚较重的犯罪

答案：C。

解析：铁路通信线路应被视为交通设施，甲盗割正在使用中的铁路专用电话线，既触犯破坏交通设施罪，又触犯盗窃罪。一行为触犯两个罪名，属于想象竞合犯。对于想象竞合犯，应当择一重罪处罚，所以选C项。

## 重点法条

第一百二十条 组织、领导恐怖活动组织的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑；其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百二十条之一 资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处5年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”



1. 组织、领导、参加恐怖组织罪是指组织、领导、积极参加和参加恐怖组织活动的行为。本罪是危害公共安全罪之一。它的构成要件如下：

(1) 本罪在客观方面表现为组织、领导、积极参加和参加恐怖组织活动。

组织是指行为人首倡、鼓动、发起、召集有实行恐怖活动目的的人结合成一个恐怖组织的活动。领导，是指恐怖组织成立以后，恐怖组织的领导者所实施的策划、指挥、布置、协调恐怖组织活动的行为。积极参加，是指自愿加入恐怖组织，并且积极参加谋划、实施恐怖活动。其他参加，是指行为人虽然不是恐怖组织的组织者、领导者或积极参加者，却经过一定方式，加入了恐怖组织，成为恐怖组织的一名成员。

恐怖组织是指3人以上为了长期、有计划地实施恐怖活动而建立起来的犯罪组织，是犯罪集团的一种。构成恐怖组织必须具备以下特征：①主体必须是3人以上，这是恐怖组织在人数上的最低要求。实践中，恐怖组织的人员少则几十人，多则几百人、上千人，规模大小不等。②恐怖组织必须以实施恐怖活动为目的。恐怖组织成立以后，以实施各种各样的恐怖活动为目的，极大危害公共安全。③恐怖组织具有严密的组织性。其成员固定且内部存在着领导与被领导的关系，有组织者、领导者，有骨干分子，还有一般成员，各司其职。等级森严、纪律严密，有一套成文或不成文的律规，组织性非常强。④恐怖组织具有一定的稳定性。即恐怖组织自建立以后，在较长时间内反复多次进行恐怖活动，其实施完一次恐怖活动后，恐怖组织不是被解散了，而是继续存在，继续实施新的恐怖活动。⑤恐怖组织具有极大的社会危害性和危险性。它既不同于盗窃、走私、贩毒等犯罪集团，也不同于某些间谍、特务组织，它是犯罪集团中危害最大的犯罪组织之一。

(2) 本罪的主体为一般主体，即凡达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的人均可构成本罪。

(3) 本罪在主观方面表现为直接故意，并且具有进行恐怖活动的目的，即行为人以长期实行某种或某几种恐怖犯罪活动为目的，明知组织、领导恐怖组织是危害公共安全的犯罪行为，却仍然故意组织、领导；或者明知是恐怖组织而积极参加或参加。组织、领导、参加恐怖组织罪犯罪行为人的动机是多种多样的，有的是为了报复社会，有的是出于某种政治目的，有的是为了图财贪利，还有的是人格变态等。无论犯罪行为出于何种动机，均不影响本罪的成立。

2. 罪数问题。本罪是选择性罪名，行为人只要实施了组织、领导、积极参加或者参加恐怖组织行为之一，便成立本罪。行为人实施两个或两个以上的行为，比如既组织又领导恐怖组织的，也只成立本罪一罪，不实行数罪并罚。并且，该组织事实上是否开始实施恐怖活动如杀人、爆炸、绑架等，不影响本罪的成立。但是，行为人如果组织、领导、参加恐怖组织后又实施了杀人、爆炸、绑架等恐怖活动犯罪的，则应将组织、领导、参加恐怖组织罪与其他相关的犯罪实行数罪并罚。

3. 非实行行为的实行化。本罪的帮助行为独立成罪，刑法规定了资助恐怖活动罪。

## 重点法条

第一百二十一条 以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百二十二条 以暴力、胁迫或者其他方法劫持船只、汽车的，处5年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第一百二十三条 对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全，尚未造成严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处5年以上有期徒刑。

## 法条精解

### 1. 劫持航空器罪的概念与特征

劫持航空器罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。

(1) 本罪客观要件是以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器。

① 行为对象是正在使用中或者飞行中的航空器。刑法虽然没有明文限定为使用中或者飞行中的航空器，







但从劫持的含义来看，应当做出这种限定。根据《蒙特利尔公约》规定，当地面人员或机组为某一特定飞行而对航空器进行飞行前的准备时起，直到降落后24小时为止，该航空器被认为是正在使用中；在任何情况下，使用的期间包括航空器在飞行中的整个时间。航空器从装载完毕，机舱外部各门均已关闭时起，直至打开任一机舱门以便卸载时止，属于正在飞行中；航空器被迫降落时，在主管当局接管该航空器及机上人员与财产的责任以前，视为仍在飞行中。

② 关于航空器的范围，我国刑法理论的通说认为，只有劫持民用航空器的行为，才成立本罪。但是，这种观点可能将本罪的构成要件与普遍管辖权问题联系起来，将本罪视为纯粹的国际犯罪了。作为本罪对象的航空器既可以是民用航空器，也可以是国家航空器（用于军事、海关、警察部门的航空器）。虽然根据有关国际公约，劫持航空器犯罪中的航空器仅限于民用航空器，但是，不能完全根据国际刑法来解释国内刑法；国内刑法也没有对航空器做出任何限定，因为国内刑法在规定某种犯罪时完全可能超出国际犯罪的外延；劫持供军事、海关、警察部门使用的国家航空器的犯罪行为也可能发生，也必然危害公共安全，应依法惩治；事实上，国家航空器与民用航空器的界限也并不清晰，将本罪的对象限定为民用航空器，会人为导致本罪认定上的困惑。但是，当外国人劫持外国的航空器进入我国领域后，我国行使刑事管辖权时，必须遵守国际公约的有关规定。换言之，在上述情况下，对劫持民用航空器的行为可以行使普遍管辖权；对劫持国家航空器的行为，只能适用其他管辖原则。

③ 行为内容是以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器。“暴力”一词在不同场合具有不同含义。最广义的暴力，包括不法行使有形力的一切情况，其对象不仅可以是人（对人暴力），而且可以是物（对物暴力）。广义的暴力，是指不法对人行使有形力的行为，但不要求直接对人的身体行使，只要对人的身体以强烈的物理影响即可，如在人身边播放高分贝噪声。狭义的暴力，是指对人的身体不法行使有形力，但不要求达到足以抑制对方反抗的程度，如打人一耳光。最狭义的暴力，是指对人行使有形力，并达到了足以抑制对方反抗的程度，但不要求直接对人的身体行使有形力。劫持航空器中的暴力应是指最狭义的暴力，只要是对机组成员等人不法行使有形力，并达到足以抑制其反抗的程度，便属于本罪的暴力。广义的胁迫，是指以使他人产生恐惧心理为目的，以恶害相通告的一切行为；恶害的内容、性质，通告的方法没有限制，也不问对方是否产生了恐惧心理。狭义的胁迫，主要是指限定了所通告的恶害内容的胁迫，不要求达到足以抑制对方反抗的程度。最狭义的胁迫，是指胁迫程度足以抑制对方反抗的行为。本罪中的胁迫，也应限于最狭义的胁迫。行为人为了使机组成员等人产生恐惧心理，实施对物暴力行为，足以抑制其反抗的，应属于本罪的胁迫。其他方法，是指与暴力、胁迫性质相当的，使航空器内的机组成员或其他人员不能反抗、不敢反抗或者不知反抗的方法，如暗中投放麻醉药品，使机组成员丧失反抗能力等。“劫持”主要表现为两种情况：一是劫夺航空器，犯罪人直接驾驶或者操作航空器；二是强迫航空器驾驶、操作人员按照自己的意志驾驶、操作，从而控制航空器的起飞、航行线路、速度与降落地点。至于行为人实际上是否劫夺了航空器、实际上是否控制了航空器的航行，则不影响本罪的成立。

（2）本罪的主体为一般主体。已满16周岁具有辨认控制能力的自然人，无论是中国人，还是外国人或无国籍人，都符合本罪的主体要件。

（3）本罪的主观上只能是故意，即明知劫持航空器的行为会发生危害航空安全的严重后果，并且希望或者放任这种结果的发生。从实践上看，劫持者总是为了达到特定目的，但犯罪目的与动机的内容不影响本罪的成立。

根据《刑法》第121条的规定，犯劫持航空器罪的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。本条中的“致人重伤、死亡”，不仅包括暴力、胁迫行为过失致人重伤、死亡，而且还应包括故意致人重伤与故意杀人，否则会导致刑罚不协调。

## 2. 暴力危及飞行安全罪的概念与特征

暴力危及飞行安全罪，是指对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全的行为。

（1）本罪客观方面表现为对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全的行为。①必须使用了暴力，即不法对人行使有形力的一切行为（广义的暴力）。但从相关规定来看，这里的暴力不包括故意伤害与故意杀人。②必须是对航空器上的人员使用暴力，其中的人员既包括机组人员，也包括乘客等航空器上的其他人员。③必须是对飞行中的航空器上的人员使用暴力，否则不成立本罪。例如，在航空器还没有装载完毕时，或者在航空器降落后打开机舱门以便卸载时，对航空器中的人员使用暴力的，不成立本罪。④行为在客观上必须危及飞行安全，对飞行安全构成了威胁。暴力行为并不危及飞行安全的，不成立本罪。另一方面，成立本罪也不要求暴力行为造成严重后果。但是，行为人采取传送虚假情报等非暴力方式危及





飞行安全的，不成立本罪。

(2) 本罪主观方面表现为故意，即明知自己对飞行中的航空器上的人员使用暴力，会危及飞行安全，并且希望或者放任这种结果的发生。

行为人以杀人、伤害等罪的故意，对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全的，从一重罪论处。劫持航空器的行为必然危及飞行安全，但不同时成立本罪。换言之，以暴力手段劫持航空器的行为，必然同时触犯了劫持航空器罪与本罪，但只能认定为劫持航空器罪，不能将其与本罪并罚。

根据《刑法》第123条的规定，犯暴力危及飞行安全罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处5年以上有期徒刑。

### (3) 与劫持航空器罪的区别

暴力危及飞行安全罪是指对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全的行为。与劫持航空器罪的区别在于暴力危及飞行安全罪没有“劫持”目的，同时暴力危及飞行安全只针对正在飞行中的飞机，而劫持航空器还包括停机待用时的飞机，另外，暴力危及飞行安全罪是危险犯，而劫持航空器罪是行为犯。

## 重点法条

第一百二十五条 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的，处3年以上10年以下有期徒刑；情节严重的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

非法制造、买卖、运输、存储毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，依照前款的规定处罚。

单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百二十六条 依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业，违反枪支管理规定，有下列行为之一的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑：

- (一) 以非法销售为目的，超过限额或者不按照规定的品种制造、配售枪支的；
- (二) 以非法销售为目的，制造无号、重号、假号的枪支的；
- (三) 非法销售枪支或者在境内销售为出口制造的枪支的。

《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第八条 刑法第一百二十五条第一款规定的“非法储存”，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药、爆炸物而为其存放的行为。

刑法第一百二十八条第一款规定的“非法持有”，是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。

刑法第一百二十八条第一款规定的“私藏”，是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿所配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。

## 法条精解

### 1. 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪

#### (1) 本罪的概念与特征

指违反国家有关枪支、弹药、爆炸物管理法规，擅自制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物，危害公共安全的行为。由于枪支、弹药、爆炸物的杀伤力与破坏力相当大，故刑法将本罪以及其他有关枪支、弹药、爆炸物的犯罪，规定为危害公共安全的犯罪，并将本罪及其他重大犯罪规定为抽象的危险犯。因此，成立本罪不要求发生具体危险。

① 本罪客观方面表现为违反国家有关枪支、弹药、爆炸物管理法规，擅自制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为。其一，制造、买卖、运输、邮寄、储存的必须是枪支、弹药与爆炸物。

根据《枪支管理办法》的规定,枪支、弹药是指军用手枪、步枪、冲锋枪、机枪、射击运动的各种枪支、狩猎用的有膛线枪、散弹枪、火药枪、麻醉动物用的注射枪和能发射金属弹丸的气枪,以及上述枪支所使用的弹药;发射金属弹丸的钢珠枪,也包含在内。此外,对私自制作土枪出售,或者将体育运动用枪改装成火药枪的,应根据具体情况,区别对待:构成犯罪的,以非法制造、买卖枪支罪予以处罚;如果情节显著轻微危害不大的,则不以犯罪论处。至于爆炸物,则是指具有较大爆破性或杀伤性的爆炸物,既包括军用的爆炸物,如地雷、炸弹、手榴弹,也包括《民用爆炸物品管理条例》所列的爆破器材,但不应包括烟花、爆竹。其二,必须有非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为。非法制造,是指非经国家许可擅自制造(包括改装、配装)枪支、弹药、爆炸物。非法买卖,是指违反有关法规,购买或者出售枪支、弹药、爆炸物;介绍买卖枪支、弹药、爆炸物的,以买卖枪支、弹药、爆炸物罪的共犯论处。非法运输,是指违反有关法规,转移枪支、弹药、爆炸物存在地的行为。非法邮寄,是指违反有关法规,通过邮政部门寄递枪支、弹药、爆炸物。根据《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,非法储存,是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药、爆炸物而为其存放的行为。这一司法解释虽然对区分储存行为与持有行为具有意义,但使储存行为的范围过于狭窄。

② 犯罪主体既可以是已满16周岁、具有辨认控制能力的自然人,也可以是公司、企业、事业单位、机关、团体。

③ 本罪主观上必须出于故意,即明知是枪支、弹药、爆炸物,而故意非法制造、买卖、运输、邮寄或者储存。不明知是枪支、弹药、爆炸物而实施上述行为的,不成立本罪。

## (2) 本罪的认定

本罪属于重罪,对构成要件必须进行实质的解释。例如,不能认为非法买卖1发子弹的行为符合非法买卖弹药罪的构成要件。根据上述司法解释第1条的规定,有下列情形之一的,以本罪论处:①非法制造、买卖、运输、邮寄、储存军用枪支1支以上的;②非法制造、买卖、运输、邮寄、储存以火药为动力发射枪弹的非军用枪支1支以上或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支2支以上的;③非法制造、买卖、运输、邮寄、储存军用子弹10发以上、气枪铅弹500发以上或者其他非军用手枪子弹100发以上的;④非法制造、买卖、运输、邮寄、储存手榴弹1枚以上的;⑤非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸装置的;⑥非法制造、买卖、运输、邮寄、储存炸药、发射药、黑火药1000克以上或者烟火药3000克以上、雷管30枚以上或者导火索、导爆索30米以上的;⑦具有生产爆炸物品资格的单位不按照规定的品种制造,或者具有销售、使用爆炸物品资格的单位超过限额买卖炸药、发射药、黑火药10千克以上或者烟火药30千克以上、雷管300枚以上或者导火索、导爆索300米以上的;⑧多次非法制造、买卖、运输、邮寄、储存弹药、爆炸物的;⑨虽未达到上述最低数量标准,但具有造成严重后果等其他恶劣情节的。

行为人确因生产、生活所需而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物,数量较小,没有造成危害后果的,不宜轻易认定为本罪。

## (3) 本罪的刑事责任

根据《刑法》第125条第1款与第3款的规定,犯非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的,处3年以上10年以下有期徒刑;情节严重的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照上述法定刑处罚。根据上述司法解释,具有下列情节之一的,属于“情节严重”:非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的数量达到上述司法解释第1条第①、②、③、④项规定的最低数量标准5倍以上的;非法制造、买卖、运输、邮寄、储存手榴弹3枚以上的;非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸装置,危害严重的;达到上述司法解释第1条规定的最低数量标准,并具有造成严重后果等其他恶劣情节的。行为人确因生产、生活所需而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物,没有造成严重社会危害,经教育确有悔改表现的,可依法从宽处罚。

## 2. 违规制造、销售枪支罪

### (1) 本罪的概念与特征

违规制造、销售枪支罪,是指依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业,违反枪支管理规定,擅自制造、销售枪支的行为。

① 本罪客观要件是,违反枪支管理规定制造、销售枪支,包括三种行为:一是超过限额或者不按规定的品种制造、配售枪支;二是制造无号、重号、假号的枪支;三是非法销售枪支或者在境内销售为出口制





造的枪支。本罪主体是依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业；其他企业及个人非法制造、销售枪支的，构成《刑法》第125条的非法制造、买卖枪支罪。

② 本罪主观要件为故意，其中，非法制造、配售枪支的行为必须以非法销售为目的；非法销售枪支的行为不要求具有特定目的。根据前述司法解释，具有下列情形之一的，应以本罪论处：其一，违规制造枪支5支以上的；其二，违规销售枪支2支以上的；其三，虽未达到上述最低数量标准，但具有造成严重后果等其他恶劣情节的。

根据刑法第126条的规定，犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和直接责任人员，处5年以下有期徒刑；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。根据前述司法解释，具有下列情形之一的，属于“情节严重”：其一，违规制造枪支20支以上的；其二，违规销售枪支10支以上的；其三，达到成立本罪的最低数量标准，并具有造成严重后果等其他恶劣情节的。具有下列情形之一的，属于“情节特别严重”：其一，违规制造枪支50支以上的；其二，违规销售枪支30支以上的；其三，达到情节严重的最低数量标准，并具有造成严重后果等其他恶劣情节的。

## (2) 与其他罪的区别

与非法制造、买卖枪支罪的区别在于本罪主体只能是单位，且只能是合法的枪支制造企业或枪支销售企业。如果是非法的枪支制造企业或销售企业，则应认定为构成非法制造、买卖枪支罪。

## 重点法条

第一百二十八条 违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，依照前款的规定处罚。

依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。

单位犯第二款、第三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百二十九条 依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

### 《最高人民法院关于将公务用枪用作借债质押的行为如何适用法律问题的批复》

依法配备公务用枪的人员，违反法律规定，将公务用枪用作借债质押物，使枪支处于非依法持枪人的控制、使用之下，严重危害公共安全，是刑法第一百二十八条第二款所规定的非法出借枪支行为的一种形式，应以非法出借枪支罪追究刑事责任；对接受枪支质押的人员，构成犯罪的，根据刑法第一百二十八条第一款的规定，应以非法持有枪支罪追究其刑事责任。

### 《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第八条、刑法第一百二十五条第一款规定的“非法储存”，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药、爆炸物而为其存放的行为。

刑法第一百二十八条第一款规定的“非法持有”，是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。

刑法第一百二十八条第一款规定的“私藏”，是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿所配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。

## 法条精解

### 1. 非法持有、私藏枪支、弹药罪

#### (1) 本罪的概念与特征

非法持有、私藏枪支、弹药罪，是指违反枪支、弹药管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的行为。本罪原来属于妨害社会管理秩序的犯罪，新刑法将其纳入到危害公共安全罪，并修改了构成要件，这说明



本罪不仅妨害了枪支、弹药管理秩序，而且危害了公共安全。

非法持有，是指没有合法根据地实际占有或控制枪支、弹药，非法替他人保管枪支、弹药的行为，也属于非法持有；非法私藏实际上是非法持有的一种表现形式。但《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，“非法持有”，是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。接受枪支质押进而实际占有或者控制枪支的，属于非法持有枪支。“私藏”，是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿所配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。枪支、弹药的来源没有限制，如他人赠与的、自己拾得的，但非法制造后又持有、私藏的，属于吸收犯，应以非法制造枪支、弹药罪论处，不实行数罪并罚。非法持有、私藏以故意为前提，即以行为人认识到持有、私藏的是枪支、弹药为前提；过失不可能成立本罪。

#### (2) 非法持有、私藏枪支、弹药罪的认定

① 正确区分罪与非罪的界限。根据上述司法解释，具有下列情形之一的，以非法持有、私藏枪支、弹药罪定罪处罚：其一，非法持有、私藏军用枪支1支的；其二，非法持有、私藏以火药为动力发射枪弹的非军用枪支1支或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支2支以上的；其三，非法持有、私藏军用子弹20发以上，气枪铅弹1000发以上或者其他非军用子弹200发以上的；其四，非法持有、私藏手榴弹1枚以上的；其五，非法持有、私藏的弹药造成人员伤亡、财产损失的。

② 正确区分本罪与《刑法》第125条非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪中的非法储存枪支、弹药的行为的界限。非法储存与非法持有、私藏都是非法保存、控制、支配枪支、弹药的行为，难以从行为本身的表现形式上区分这两种犯罪。根据司法解释，非法储存，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药而为其存放的行为，此外的保存、控制枪支、弹药的行为，成立非法持有、私藏枪支、弹药罪。从非法储存枪支、弹药是与非法制造、买卖、运输枪支、弹药相并列规定在同一条款，以及两罪差别悬殊的法定刑来看，做出上述区分具有一定的合理性。但是，对与非法制造、买卖、运输没有关联，但保存、控制大量枪支、弹药的行为，也宜认定为非法储存枪支、弹药罪，而不应认定为非法持有、私藏枪支、弹药罪。

#### (3) 非法持有、私藏枪支、弹药罪的刑事责任

根据《刑法》第128条第1款的规定，犯非法持有、私藏枪支、弹药罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。根据上述解释的规定，具有下列情形之一的，属于“情节严重”：①非法持有、私藏军用枪支2支以上的；②非法持有、私藏以火药为动力发射枪弹的非军用枪支2支以上或者以压缩气体等为动力的其他非军用枪支5支以上的；③非法持有、私藏军用子弹100发以上，气枪铅弹5000发以上或者其他非军用子弹1000发以上的；④非法持有、私藏手榴弹3枚以上的；⑤达到成立本罪的最低数量标准，并具有造成严重后果等其他恶劣情节的。

#### (4) 与非法储存枪支、弹药罪的区别

“非法储存”，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支而为其存放的行为。根据司法解释，“非法持有”是指不符合配置、配备枪支、弹药的人员，违反规定擅自持有枪支、弹药的行为。而“私藏”，是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反规定，私自藏匿所配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为，

(5) 吸收行为。非法制造后又持有、私藏的属于吸收犯，以非法制造枪支、弹药罪论处。

#### 2. 非法出租、出借枪支罪

(1) 两类枪支与两类行为模式。依法配备公务用枪的人员，只要非法出租、出借枪支，即构成非法出租、出借枪支罪（行为犯），而依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支，构成犯罪，需要具有严重后果的条件（结果犯）。

(2) 共同犯罪。如果明知是违法活动还出租、出借，不是此罪，而是共同犯罪。

(3) 特殊规定。根据司法解释规定，依法配备公务用枪的人员，违反法律规定，将公务用枪用作借债质押物，使枪支处于非法持枪人的控制、使用之下，构成非法出借枪支罪，对于接受枪支质押的人员，可以构成非法持有枪支罪。

#### 3. 丢失枪支不报罪

(1) 丢失枪支不报罪的概念与特征

丢失枪支不报罪，是指依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的行为。





① 本罪客观方面表现为，丢失枪支不及时报告，并且造成了严重后果。不及时报告是一种不作为。根据《枪支管理办法》，行为人丢失枪支后有立即报告的义务，但行为人没有履行这种义务。不及时报告包括两种情况：一是丢失枪支后根本不报告；二是丢失枪支后拖延一段时间才报告，并没有及时报告。所谓及时报告，是指行为人发现丢失枪支后立即报告。不及时报告以丢失枪支为前提，丢失枪支，即遗失枪支，包括枪支被盗、被抢等情况。丢失枪支既可能是作为，也可能是不作为。丢失枪支不及时报告，只有造成严重后果的，才成立本罪。这里的严重后果，应当包括直接危害结果与间接危害结果，但一般表现为枪支落入不法分子之手后，不法分子利用行为人丢失的枪支实施犯罪行为造成严重后果；丢失枪支本身不是本罪所说的“严重后果”。

② 本罪主体必须是依法配备公务用枪的人员。依法配备公务用枪的单位不能成为本罪主体，其他依法配置枪支的人员也不能成为本罪主体。

③ 本罪主观方面较为复杂，理论上存在不同观点。有人认为本罪只能是故意，有人认为本罪只能是过失，有人认为本罪只能是过失与间接故意。其一，主张本罪由故意构成的观点，主要考虑的是不及时报告的行为。因为就不及时报告而言，显然是故意的，即明知丢失枪支后应立即报告，但故意不及时报告；如果行为人将依法配备的公务用枪锁在保险柜中，虽被犯罪分子窃取，但在一段时间内没有发现被盗事实，因而没有报告，在犯罪分子使用枪支实施其他严重犯罪后才发觉时，不可能成立本罪。但是，行为与结果都是故意的认识因素，只考虑行为人对行为的认识，而不考虑行为人对结果的认识与意志内容，可能与《刑法》关于故意的规定相冲突。其二，主张本罪只能是过失的观点，主要考虑的是对造成严重后果的心理态度，即行为人应当预见丢失枪支不及时报告的行为可能导致严重后果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免。如同行为人有意识地违反交通规则，但对造成的结果是过失一样。但是，本罪与交通肇事等由行为直接造成结果的犯罪还不完全相同，事实上，行为人完全可能对丢失枪支不及时报告所可能造成的严重后果持故意态度。再者，既然对严重后果持过失也构成本罪，便没有理由将对严重后果持故意的情形排除在本罪之外。因为在丢失枪支不报的情况下，即使行为人对严重后果持故意，也不可能另成立其他犯罪。其三，主张本罪只能是过失与间接故意观点，主要考虑的是行为人对严重后果的心理状态。即行为人对丢失枪支造成严重后果既可能是过失，也可能是间接故意。但是，如果对严重后果间接故意也构成本罪，也没有理由将对严重后果持直接故意的情形排除在本罪之外。因为对严重后果持希望发生的态度时，也不可能另成立其他犯罪。退一步而言，如果认为对严重后果持间接故意时成立本罪，持直接故意时成立其他犯罪，则人为地瓦解了故意概念的统一性。

我们认为，其一，就丢失枪支而言，通常表现为过失，不可能是故意，但也包括没有过失而丢失枪支的情况（如被盗、被抢的某些情况）。但丢失枪支本身只是成立本罪的前提，丢失枪支的心理状态，不能决定本罪的主观要件内容。其二，应将本罪的主观要件确定为故意。依法配备公务用枪的人员，在认识到枪支丢失的情况下，故意不及时报告，就有危害公共安全的危险，因为枪支的杀伤力大，丢失后会造成严重后果。但刑法为了控制处罚范围，认为单纯的不及时报告行为还不值得科处刑罚，于是在客观上要求“造成严重后果”。从司法实践上看，严重后果通常表现为枪支落入不法分子之手后，成为其作案工具，进而造成严重后果。事实上，只要行为人丢失枪支不及时报告，因而造成严重后果的，不管行为人是否希望或者放任严重后果发生（可以肯定，行为人能够预见严重后果发生的可能性），就应当追究刑事责任。因此，本罪中的“造成严重后果”虽然是客观构成要件要素，但不需要行为人对严重后果具有认识与希望或者放任态度，“造成严重后果”便成为超出故意内容的客观要素，即本书所说的“客观的超过要素”。承认本罪主观要件为故意，并不违反刑法总则的规定。因为行为人在不及时报告时，至少对其行为造成的直接的、无具体对象的结果（使枪支处于失控的状态）具有希望或者放任的心理状态。详言之，本罪的故意内容是，明知自己丢失枪支不及时报告的行为，会发生使枪支继续处于失控状态的结果，并且希望或者放任这种结果发生。

## （2）丢失枪支不报罪的刑事责任

根据《刑法》第129条的规定，犯丢失枪支不报罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。量刑时应考虑所丢失的枪支数量、种类，隐瞒不报的情节，后果的严重程度等。

本罪实际上有多重结果：丢失枪支本身的结果是使枪支处于失控状态；不及时报告行为的直接结果是使枪支继续处于失控状态；不及时报告的间接结果是，使枪支落入不法分子之手造成了其他严重后果。



1. (2009-2-59) 关于不作为犯, 下列哪些选项是正确的?

- A. 刑法规定, 依法配备公务用枪的人员丢失枪支不及时报告, 造成严重后果的构成犯罪。该罪以不报告为成立条件, 属于不作为犯罪
- B. 偷税罪是一种不履行纳税义务的行为, 只能由不作为构成
- C. 遗弃罪是一种不履行扶养义务的行为, 属于不作为犯罪
- D. 刑法规定, 将代为保管的他人财物非法占为己有, 数额较大, 拒不退还的, 构成犯罪。该罪以拒不退还为成立条件, 属于不作为犯罪

答案: AC。

**解析:** A 项中的情形构成丢失枪支不报罪。我国法律规定, 依法配备公务用枪的人员所配备的枪支一旦发生被盗、被抢或者丢失的事件, 应当立即向公安机关报告。这是依法配备公务用枪人员的义务, A 项中行为人没有履行这一义务, 因此属于不作为犯罪, 所以 A 是正确的。偷税罪是指纳税人、扣缴义务人故意以各种手段, 不缴或者少缴应缴纳税款, 情节严重的行为。这些行为既有作为又有不作为, 因此不能单纯认为偷税罪是一种不作为犯罪, 所以 B 不正确。遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人, 负有扶养义务而拒绝扶养, 情节恶劣的行为。拒绝扶养就是拒不履行扶养义务, 遗弃罪是纯正的不作为犯罪, 因此 C 是正确的。D 项所说的情形构成侵占罪。侵占罪可以由作为构成, 也可以由不作为构成, 所以 D 也是错误的。所以本题的正确选项是 AC。

2. (2003-2-3) 张某在火车站候车室窃得某人一提包, 到僻静处打开一看, 里面没有钱财, 却有手枪一支, 子弹若干发, 张某便将枪支、子弹放回包内, 然后藏于家中。张某的行为构成何罪?

- A. 非法持有枪支、弹药罪
- B. 盗窃枪支、弹药罪
- C. 非法储存枪支、弹药罪
- D. 非法携带枪支、弹药罪

答案: A。

**解析:** 为盗窃财物而误盗枪支、弹药的, 定盗窃罪 (可能是未遂), 盗窃后将枪支弹药私藏的, 定非法持有枪支弹药罪。盗窃枪支、弹药罪的主观方面必须是明知是枪支而盗窃, 张某不知包内是枪支、弹药而窃取的, 不构成此罪, 故 B 选项错误。“储存”需 1 枪支、弹药量大, 故不选 C, 至于 D 选项, 无此罪名。

## 重点法条

第一百三十一条 航空人员违反规章制度, 致使发生重大飞行事故, 造成严重后果的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 造成飞机坠毁或者人员死亡的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百三十二条 铁路职工违反规章制度, 致使发生铁路运营安全事故, 造成严重后果的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 造成特别严重后果的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

## 法条精解

### 1. 重大飞行事故罪

重大飞行事故罪, 是指航空人员违反规章制度, 致使发生重大飞行事故, 造成严重后果的行为。

(1) 本罪客观方面表现为, 实施违反航空规章制度的行为, 致使发生重大飞行事故, 造成严重后果。违反航空规章制度的行为, 是指违反《航空法》及其他相关制度的行为; 这种行为导致发生重大飞行事故, 造成严重后果时, 才可能成立本罪。

(2) 本罪主体必须是航空人员, 包括空勤人员与地面人员。空勤人员, 包括驾驶员、领航员、飞行机械人员、飞行通信员与乘务员; 地面人员, 包括航空器维修人员、空中交通管制员、飞行签派员与航空电台通信员 (参见《民用航空法》第 39 条); 航空人员以外的人不能成为本罪主体。

(3) 本罪主观方面只能是过失, 即应当预见自己违反规章制度的行为可能发生重大飞行事故、造成严重后果, 因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免。

根据《刑法》第 131 条的规定, 犯重大飞行事故罪的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 造成飞机坠毁或者人员死亡的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。其中的“人员”既包括航空人员, 也包括此外的人员。





## 2. 铁路运营安全事故罪

铁路运营安全事故罪，是指铁路职工违反规章制度，致使发生铁路运营安全事故，造成严重后果的行为。

(1) 本罪客观方面表现为，实施了违反铁路规章制度的行为，并致使发生铁路运输、营业安全事故，造成了严重后果。

(2) 犯罪主体必须是铁路职工，包括国家铁路、地方铁路、专用铁路以及铁路专用线的职工（参见《铁路法》第2条）。

(3) 本罪主观方面只能是过失，即应当预见自己违反规章制度的行为可能发生铁路运营安全事故、造成严重后果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免。

根据《刑法》第132条的规定，犯铁路运营安全事故罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 重点法条

第一百三十三条 违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处3年以上7年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处7年以上有期徒刑。

#### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 从事交通运输人员或者非交通运输人员，违反交通运输管理法规发生重大交通事故，在分清事故责任的基础上，对于构成犯罪的，依照刑法第一百三十三条的规定定罪处罚。

第二条 交通肇事具有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑或者拘役：

- (一) 死亡一人或者重伤三人以上，负事故全部或者主要责任的；
- (二) 死亡三人以上，负事故同等责任的；
- (三) 造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在三十万元以上的。

交通肇事致一人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚：

- (一) 酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；
- (二) 无驾驶资格驾驶机动车辆的；
- (三) 明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的；
- (四) 明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的；
- (五) 严重超载驾驶的；
- (六) 为逃避法律追究逃离事故现场的。

第三条 “交通运输肇事后逃逸”，是指行为人具有本解释第二条第一款规定和第二款第（一）至（五）项规定的情形之一，在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。

第四条 交通肇事具有下列情形之一的，属于“有其他特别恶劣情节”，处三年以上七年以下有期徒刑：

- (一) 死亡二人以上或者重伤五人以上，负事故全部或者主要责任的；
- (二) 死亡六人以上，负事故同等责任的；
- (三) 造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在六十万元以上的。

第五条 “因逃逸致人死亡”，是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。

交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。

第六条 行为人在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的，应当分别依照刑法第二百三十二条、第二百三十四条第二款的规定，以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。

第七条 单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故，具有本解释第二条规定情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚。

第八条 在实行公共交通管理的范围内发生重大交通事故的，依照刑法第一百三十三条交通肇事罪和本解释的有关规定办理。

在公共交通管理的范围外，驾驶机动车辆或者使用其他交通工具致人伤亡或者致使公共财产或者他人财产遭受重大损失，构成犯罪的，分别依照刑法第一百三十四条、第一百三十五条重大劳动安全事故罪、第二百三十三条过失致人死亡罪等规定定罪处罚。

## 法条精解

### 1. 交通肇事罪的概念与特征

交通肇事罪，是指违反交通运输管理法规，因而发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。其基本特征如下：

(1) 客观方面表现为违反交通运输管理法规，因而发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

① 必须有违反交通运输管理法规的行为。这里的交通运输管理法规，主要指公路、水上交通运输中的各种交通规则、操作规程、劳动纪律等，同时也包括铁路、航空交通运输中的各种管理法规。

② 必须发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。行为虽然违反交通运输管理法规，但没有发生重大交通事故的，不成立本罪。

③ 重大交通事故必须发生在交通过程中以及与交通有直接关系的活动中。问题是，利用非机动车工具从事交通运输违章造成重大事故的，能否以本罪论处？对此，理论上存在肯定说与否定说。如果这种行为发生在公共交通管理的范围内，具有危害公共安全的性质，就应以本罪处理，否则只能认定为其他犯罪。例如，行为人在城区或其他行人较多、有机动车来往的道路上违章骑三轮车，造成重大事故的，就具有危害公共安全的性质，应认定为交通肇事罪。但是，行为人在行人稀少、没有机动车来往的道路上违章骑三轮车致人重伤或死亡的，就不具有危害公共安全的性质，只能分别认定为过失致人重伤罪或过失致人死亡罪。

④ 违反交通运输管理法规的行为与结果之间必须具有因果关系。换言之，即使行为人违反了交通运输管理法规，客观上也发生了危害结果，但如果危害结果与行为人违反交通运输管理法规的行为之间没有因果关系，则不应以本罪论处。

(2) 主体是从事交通运输的人员及其他人员。航空人员违章造成重大飞行事故的，成立重大飞行事故罪；铁路职工违章造成铁路运营安全事故的，成立铁路运营安全事故罪；公路、水上运输人员以及其他相关人员造成公路、水上交通事故的，成立本罪；航空人员、铁路职工以外的人员造成重大飞行事故或铁路运营事故的，成立本罪；航空人员违反交通运输法规，造成飞行事故以外的交通事故的，成立本罪；铁路职工违反交通运输法规，造成铁路运营安全事故以外的交通事故的，成立本罪。因此，规定本罪的法条与规定重大飞行事故罪、铁路运输安全事故罪的法条是普通法条与特别法条的关系。根据司法实践，在偷开机动车辆过程中因过失撞死、撞伤他人或者撞坏车辆的，成立交通肇事罪；根据《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故的，以交通肇事罪定罪处罚。

从司法实践来看，构成本罪的一般是从事交通运输的人员，但刑法并没有做出这种限制，换言之，非交通运输人员也能成为本罪主体。问题在于如何确定非交通运输人员的范围。一种观点认为，非交通运输人员，是指没有合法手续却从事正常交通运输的人员；另一种观点认为，非交通运输人员是指交通运输人员以外的一切人员。本书采纳后一种观点。一方面，刑法并没有做出这种限定；另一方面，没有从事交通运输的人员也完全可能违反交通运输管理法规，造成交通事故，而且对之认定为交通肇事罪具有合理性。

(3) 主观上只能是过失，即应当预见自己违反交通运输管理法规的行为可能发生重大交通事故，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果。行为人也可能有意识地违反交通运输管理法规，这在日常生活中可以说是“故意”的，但不成立《刑法》上的故意。在这种情况下，行为人往往是轻信能够避免结果发生，因而仍然是过失。因此，本书不赞成“交通肇事罪同时包括了故意与过失”的观点，因为将故意、过失分为对行为的故意、过失与对结果的故意、过失，本身就有悖刑法总则关于故意、过失的规定。







## 2. 交通肇事罪的认定

(1) 正确区分交通肇事罪与非罪的界限。①行为人虽然违反交通运输管理法规,但并没有造成重大交通事故的,不能认定为交通肇事罪。②行为虽然造成了严重后果,但行为人主观上没有过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不能认定为交通肇事罪。③发生交通事故的原因往往比较复杂,在许多情况下,行为人与被害人均有责任,如果行为人对事故不应负全部责任或主要责任,则不能认定为交通肇事罪。

根据上述司法解释,从事交通运输人员或者非交通运输人员,违反交通运输管理法规发生重大交通事故,在分清事故责任的基础上,定罪处罚。交通肇事具有下列情形之一的,以本罪论处:①死亡1人或者重伤3人以上,负事故全部或者主要责任的;②死亡3人以上,负事故同等责任的;③造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在30万元以上的。交通肇事致1人以上重伤,负事故全部或者主要责任,并具有下列情形之一的,以交通肇事罪定罪处罚:①酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的;②无驾驶资格驾驶机动车辆的;③明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的;④明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的;⑤严重超载驾驶的;⑥为逃避法律追究逃离事故现场的。

司法解释将财产损失数额限定为“无能力赔偿数额”,据此,在没有造成人员伤亡的情况下,不管交通肇事行为造成何种财产损失,只要行为人能够赔偿,便不成立犯罪。但这会导致定罪的不均衡。例如,甲的交通肇事行为造成财产损失31万,但他最多只能赔偿几千元,因而成立交通肇事罪;乙的交通肇事行为造成财产损失310万,但由于他具有赔偿能力,只要他已经赔偿的数额超过了280万,便不成立交通肇事罪。这种使国民形成不公平感觉的解释,难免受到非议。

(2) 正确区分交通肇事罪与其他犯罪的界限。①应划清本罪与过失损坏交通工具罪、过失损坏交通设施罪的界限。它们的区别主要表现在:前者是违反交通运输管理法规的行为,后者是破坏交通工具或交通设施的行为;前者发生在交通运输活动以及与交通运输有直接关系的活动中,后者没有这种限制。②应划清本罪与利用交通工具故意杀人或者伤害的界限。前者是过失致人重伤或者死亡;后者是故意伤害他人或者故意杀害他人。③应划清本罪与重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪的界限。二者的主要区别在于主体不同、交通运输事故的内容不同。④与故意杀人罪、故意伤害罪的区别。区别关键在于主观上是否有故意杀人或故意伤害的心态。根据司法解释规定,行为人在交通肇事后为逃避法律追究,将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃,致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的,应当分别以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。⑤与事故犯罪和过失致人死亡罪的区别。交通肇事罪必须是在“实行公共交通管理的范围内”发生的重大交通事故。如果在公共交通管理的范围外,驾驶机动车辆或者使用其他交通工具致人伤亡或者致使公共财产或者他人财产遭受重大损失,构成犯罪的,分别依照《刑法》第134条(重大责任事故罪)、第135条(工程重大安全事故罪)、第233条(过失致人死亡罪)等规定定罪处罚。比如在工厂作业开车把人撞死,就应该定重大责任事故罪;在小区内练习开车导致他人死亡的,应以过失致人死亡罪论处。

(3) 正确区分交通肇事罪的一罪与数罪的界限。在盗窃他人机动车过程中或者在盗窃后,违反交通运输管理法规,造成交通事故,构成犯罪的,应当以交通肇事罪与盗窃罪实行并罚。

(4) 正确区分交通行政管理上的责任与刑法上的责任。如前所述,行为是否构成交通肇事罪,在很大程度上取决于对行为人责任的认定。在发生交通事故的场合,通常由交通管理部门认定行为人的责任,而交通管理部门只是根据交通运输管理法规认定责任,这种认定常常是出于交通管理的需要,并不是一种法律责任。因此,人民法院在审理行为是否构成交通肇事罪时,不能直接采纳交通管理部门的责任认定,而应根据刑法所规定的交通肇事罪的构成要件进行实质的分析判断。例如,行为人驾驶没有年检但性能完好的车辆,也没有违反其他交通运输管理法规,由于被害人或者第三者的过错导致事故发生时,即使交通管理部门认定行为人负有责任,人民法院也不能认定行为人存在刑法上的责任。再如,行为人在发生交通事故后逃逸的,应查明发生交通事故的原因;不能仅因为行为人逃逸,而认定行为人的行为构成交通肇事罪。

(5) 共同犯罪。交通肇事罪是过失犯罪,但司法解释规定,交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。这可以看成共同犯罪由故意构成的一个例外。另外,单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故,以交通肇事罪定罪处罚,这并非共同犯罪,应该单独定罪。

在偷开机动车辆过程中发生交通肇事构成犯罪,又构成其他罪的,应当以交通肇事罪和其他罪实行数罪并罚。

### 3. 交通肇事罪的刑事责任

根据《刑法》第133条的规定，犯交通肇事罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处3年以上7年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处7年以上有期徒刑。

根据司法解释，“交通运输肇事后逃逸”，是指行为人在发生了构成交通肇事罪的交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。交通肇事具有下列情形之一的，属于“其他特别恶劣情节”：①死亡2人以上或者重伤5人以上，负事故全部或者主要责任的；②死亡6人以上，负事故同等责任的；③造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在60万元以上的。

根据司法解释，“因逃逸致人死亡”，是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。但刑法理论上对“因逃逸致人死亡”形成了诸多不同观点。我们认为，“因逃逸致人死亡”，应限于过失致人死亡，除了司法解释所规定的情形之外，还应包括连续造成两次交通事故的情形，即已经发生交通事故后，行为人在逃逸过程中又因为过失发生交通事故，导致他人死亡。换言之，“因逃逸致人死亡”中的“人”既包括先前交通肇事中的被害人，也包括肇事后逃逸过程中致死的其他人。因为这种情形完全符合刑法规定的“因逃逸致人死亡”的条件：发生了交通事故，行为人逃逸，发生了死亡结果，逃逸行为与死亡结果之间具有因果关系，将这种情形适用“因逃逸致人死亡”的法定刑比采取其他方式处理更符合罪刑相适应原则。

由于“因逃逸致人死亡”仅限于过失，故行为人在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的，应当分别以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。行为人在交通肇事后，以为被害人已经死亡，为了隐匿罪迹，将被害人沉入河流中，事实上被害人溺死于河流中的，应将后行为认定为过失致人死亡罪；如果前行为已构成交通肇事罪，则应实行数罪并罚。

#### 真题示例

1. (2007-2-9) 根据刑法规定与相关司法解释，下列哪一选项符合交通肇事罪中的“因逃逸致人死亡”？

- A. 交通肇事后因害怕被现场群众殴打，逃往公安机关自首，被害人因得不到救助而死亡
- B. 交通肇事致使被害人当场死亡，但肇事者误以为被害人没有死亡，为逃避法律责任而逃逸
- C. 交通肇事致人重伤后误以为被害人已经死亡，为逃避法律责任而逃逸，导致被害人得不到及时救助而死亡
- D. 交通肇事后，将被害人转移至隐蔽处，导致其得不到救助而死亡

答案：C。

解析：根据《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条和第5条规定，A项中行为人不救助被害人致其死亡是因为害怕被现场群众殴打，并不是为了逃避法律追究，因此A是错误的。B项符合《刑法》第133条的规定，应直接认定为交通肇事罪。根据《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定，D也是错误的。

2. (2006-2-11) 甲系某公司经理，乙是其司机。某日，乙开车送甲去洽谈商务，途中因违章超速行驶当场将行人丙撞死，并致行人丁重伤。乙欲送丁去医院救治，被甲阻止。甲催乙送其前去洽谈商务，并称否则会造成重大经济损失。于是，乙打电话给120急救站后离开肇事现场。但因时间延误，丁不治身亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲不构成犯罪，乙构成交通肇事罪
- B. 甲、乙均构成交通肇事罪
- C. 乙构成交通肇事罪和不作为的故意杀人罪，甲是不作为的故意杀人罪的共犯
- D. 甲、乙均构成故意杀人罪

答案：B。

解析：根据《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2款的规定，乙违章超速驾驶，应对事故负全部或主要责任，造成1人死亡、1人重伤的严重后果，后又逃逸，其行为已构成交通肇事罪。故排除C、D两项。另根据该解释第5条第2款，肇事后，因甲对乙的“阻止”和“催促”，使甲成为交通肇事罪的共犯。因此甲和乙均构成交通肇事罪，正确答案为B项。

3. (2004-2-3) 卡车司机甲在行车途中，被一吉普车超过，甲顿生不快，便加速超过该车。不一会儿，该车又超过了甲，甲又加速超过该车。当该车再一次试图超车行至甲车左侧时，甲对坐在副座的乙说，





“我要吓他一下，看他还敢超我。”随即将方向盘向左边一打，吉普车为躲避碰撞而翻下路基，司机重伤，另有一人死亡。甲驾车逃离。甲的行为构成：

- A. 故意杀人罪
- B. 交通肇事罪
- C. 破坏交通工具罪
- D. 故意杀人罪和故意伤害罪的想象竞合犯

答案：B。

解析：交通肇事罪是指违反交通管理法规，发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，危害公共安全的行为。本题中，甲并无故意杀人或故意伤害的故意，也无破坏交通工具的故意。

## 重点法条

第一百三十四条 在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处5年以上有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百三十五条 安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第一百三十五条之一 举办大型群众性活动违反安全管理规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第一百三十六条 违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第一百三十七条 建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定，降低工程质量标准，造成重大安全事故的，对直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；后果特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

第一百三十八条 明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的，对直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

## 法条精解

### 1. 重大责任事故罪

#### (1) 重大责任事故罪的概念与特征

重大责任事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，由于不服管理、违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。本罪的基本特征是：

① 客观方面表现为违章作业、造成重大责任事故的行为。首先，必须有违章作业行为，表现为违反管理进行作业、违反规章制度作业，强令工人违章冒险作业。其次，必须发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果。最后，重大事故必须发生在生产、作业活动中，并同有关职工、从业人员的生产、作业活动有直接联系。

② 主体必须是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，主要包括两种人员：一是在上述企业中直接从事生产、作业的工人与科技人员；二是在生产、作业中直接从事领导、指挥的人员。至于企业的性质，则不影响本罪的成立。例如，在押罪犯是劳改企业中直接从事生产的人员，可以成为本罪主体；无照施工经营者以及群众合作经营组织或个体经营户的从业人员，也可以成为本罪主体；无证开采的小煤矿从业人员亦符合本罪的主体条件。

③ 主观方面只能是过失，即应当预见自己不服管理、违反规章制度作业或者强令工人违章冒险作业的行为，可能发生伤亡事故或者其他严重后果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果。



## (2) 重大责任事故罪的认定

① 应当划清本罪与非罪的界限。首先，由于不能预见或者不能抗拒的自然现象引起的事故，以及因为技术条件或设备条件的限制而无法避免的事故，由于行为人主观上没有过失，不能认定为本罪。其次，在技术革新、科学实验中，只要行为人遵守了有关规则，就不能因为技术革新或科学实验失败而认定为本罪。时代的发展需要技术革新与科学实验，而技术革新与科学实验都面临着两种结局：成功与失败，行为人一般也预见到了失败的可能性。在这种情况下，不能轻易认定行为人具有过于自信的过失。否则，便会抑制人民的积极性与创造性。只有在行为人没有遵守有关规则的情况下，才能认定为过失行为。最后，行为人虽然在生产、作业中违反规章制度，但没有造成严重后果的，不能认定为本罪。

② 应当划清本罪与其他犯罪的界限。本罪与失火罪、过失爆炸罪等具有相似之处，其主要区别是：前者是在生产、作业活动中违反规章制度造成严重后果，后者是在日常生活中违反生活规则造成严重后果；前者是特殊主体，后者是一般主体；前者是业务过失，后者是普通过失。本罪与交通肇事罪一般容易区别，但对厂（矿）区内机动车作业期间发生的伤亡事故案件有时难以认定。对此应根据不同情况，区别对待：在公共交通管理范围内，因违反交通运输管理法规，造成重大事故的，应认定为交通肇事罪；因违反安全生产规章制度，发生重大伤亡事故，造成严重后果的，应认定为重大责任事故罪；在公共交通管理范围外发生重大事故的，应认定为重大责任事故罪。

## (3) 重大责任事故罪的刑事责任

根据《刑法》第134条的规定，犯重大责任事故罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

## 2. 重大劳动安全事故罪

### (1) 重大劳动安全事故罪的概念与特征

重大劳动安全事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

① 本罪客观方面表现为，在本单位的劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果。其一，前提是本单位的劳动安全设施不符合国家规定；如果劳动安全设施符合国家规定，由于其他原因造成严重后果的，不成立本罪。其二，需要有关部门或者单位职工提出事故隐患，提出的方式没有限制，既可以是书面的，也可以是口头的，既可以在正式场合提出，也可以是在非正式场合提出；如果有关部门或单位职工没有提出事故隐患，行为人因而没有采取措施的，不成立本罪。一种观点认为，有关部门或者单位职工虽未提出，但行为人明知劳动安全设施不符合国家规定，可能发生伤亡事故或其他严重后果，却轻信能够避免，以致发生伤亡事故或其他严重后果的，也应以本罪论处。从立法论而言，本书同意这一看法；但从解释论而言，本书不赞成这一观点，因此，在现行刑法之下，对这种行为只能认定为其他犯罪，而不宜认定为本罪。否则，有违反罪法定原则之嫌。其三，行为人没有采取措施。这里的措施，是指针对事故隐患采取的有效措施，而不是泛指任何措施。如果行为人对事故隐患采取了相关有效措施的，不成立本罪；但如果行为人不负责地采取没有效果的措施，因而造成严重后果的，仍然成立本罪。其四，必须发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果。

② 本罪主体是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的直接责任人员，即负责主管与直接管理安全设施的人员。

③ 本罪主观方面一般认为出于过失，即应当预见自己不采取措施消除事故的隐患的行为可能发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果。

### (2) 重大劳动安全事故罪与重大责任事故罪的区别

二者的主要区别在于：①前者的行为是不采取措施消除劳动安全设施事故隐患，后者的行为是违章作业；②前者的主体是安全设施的主管或管理人员，后者的主体是单位一般职工与在生产、作业中直接从事领导、指挥的人员。因此，如果安全设施的主管或管理人员不采取措施消除事故隐患，在生产、作业中直接从事领导、指挥的人员强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对于前者应以重大劳动安全事故罪论处，对于后者应以重大责任事故罪论处。需要研究的是，如果行为人既对劳动安全设施负有管理责任，又强令工人违章冒险作业时，应如何处理？在这种情况下，造成结果的原因



有两个行为：一个是行为人的不作为，另一个是作为，似乎实行数罪并罚较为合理。但是，只有一个结果，将一个结果作为两个过失犯罪的构成要件事实，也有不合适之处，故应从一重罪论处。由于两者的法定刑相同，因此，应按情节轻重确定罪名：如果强令工人违章冒险作业的情节严重，就认定为重大责任事故罪；如果对事故隐患不采取措施情节严重的，则认定为重大劳动安全事故罪。

### （3）重大劳动安全事故罪的刑事责任

根据《刑法》第135条的规定，犯重大劳动安全事故罪的，对直接责任人员处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 3. 危险物品肇事罪

危险物品肇事罪，是指违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的行为。

（1）本罪客观方面必须具有违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定的行为；行为必须发生在生产、储存、运输、使用上述危险物品的过程中，这是本罪与过失投放危险物质罪、过失爆炸罪的关键区别；行为必须导致重大事故，造成严重后果。

（2）本罪主体是一般主体，从刑法的规定来看，主要是从事生产、运输、储存、使用危险物品的人。

（3）主观方面既可以是疏忽大意的过失，也可以是过于自信的过失。

根据《刑法》第136条的规定，犯危险物品肇事罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

## 真题示例

1. （2005-2-20）甲是某搬运场司机，在搬运场驾车作业时违反操作规程，不慎将另一职工轧死。对甲的行为应当如何处理？

- A. 按过失致人死亡罪处理
- B. 按交通肇事罪处理
- C. 按重大责任事故罪处理
- D. 按意外事件处理

答案：C。

解析：甲的行为发生在搬运场——生产领域；他违反安全操作规程——业务过失；轧死一名职工——严重后果。以上三点符合重大责任事故罪的犯罪构成。交通肇事罪发生在公共道路上，侵犯的是交通运输领域的公共安全，违反的是交通运输管理法规，本题中甲的行为显然不符合交通肇事罪的犯罪构成，所以排除掉B项。重大责任事故罪等过失导致他人死亡的罪名与过失致人死亡罪之间是特殊法与普通法的关系，适用特殊法优于普通法的规定。所以本题应选C项。

2. （四川2008-2-55）下列哪些情形不能认定为过失致人死亡罪？

- A. 甲在运输放射性物质过程中发生事故，造成4人死亡
- B. 乙在工地塌方之后，仍然强令6名工人进入隧道抢救价值2000万元的机械，6名工人由此遇难
- C. 丙遭受不法侵害，情急之下失手将不法侵害人打死，法院认为丙防卫过当，应当负刑事责任
- D. 聚众斗殴致人死亡

答案：ABD。

解析：《刑法》第136条规定，违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的，构成危险物品肇事罪。因此，A项中甲构成危险物品肇事罪，不构成过失致人死亡罪。

## 重点法条

第一百四十条 生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额5万元以上不满20万元的，处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额20万元以上不满50万元的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额50万元以上不满200万元的，处7年以上有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额200万元以上的，处15年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

### 【关联法条】

《刑法》

第一百四十九条 生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，不构成各该条规定的



犯罪，但是销售金额在5万元以上的，依照本节第一百四十条的规定定罪处罚。

生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

第一百五十条 单位犯本节第一百四十条至第一百四十八条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该条的规定处罚。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 刑法第一百四十条规定的“在产品中掺杂、掺假”，是指在产品中掺入杂质或者异物，致使产品质量不符合国家法律、法规或者产品明示质量标准规定的质量要求，降低、失去应有使用性能的行为。

刑法第一百四十条规定的“以假充真”，是指以不具有某种使用性能的产品冒充具有该种使用性能的产品行为。

刑法第一百四十条规定的“以次充好”，是指以低等级、低档次产品冒充高等级、高档次产品，或者以残次、废旧零配件组合、拼装后冒充正品或者新产品的行为。

刑法第一百四十条规定的“不合格产品”，是指不符合《中华人民共和国产品质量法》第二十六条第二款规定的质量要求的产品。

对本条规定的上述行为难以确定的，应当委托法律、行政法规规定的产品质量检验机构进行鉴定。

第二条 刑法第一百四十条、第一百四十九条规定的“销售金额”，是指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法收入。

伪劣产品尚未销售，货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额三倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。

货值金额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算；没有标价的，按照同类合格产品的市场中间价格计算。货值金额难以确定的，按照国家计划委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部1997年4月22日联合发布的《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》的规定，委托指定的估价机构确定。

多次实施生产、销售伪劣产品行为，未经处理的，伪劣产品的销售金额或者货值金额累计计算。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第二条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间，生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资，或者生产、销售用于防治传染病的假药、劣药，构成犯罪的，分别依照刑法第一百四十条、第一百四十一条、第一百四十二条的规定，以生产、销售伪劣产品罪，生产、销售假药罪或者生产、销售劣药罪定罪，依法从重处罚。

## 法条精解

### 1. 生产、销售伪劣产品罪的概念与特征

生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额较大的行为。

(1) 犯罪客观方面表现为生产、销售伪劣产品。

① 生产、销售的是伪劣产品。其中的伪产品主要是指“以假充真”的产品，劣产品是指掺杂、掺假的产品、以次充好的产品及冒充合格产品的不合格产品。根据《产品质量法》第2条的规定，这里的“产品”，应是指经过加工、制作、用于销售的产品，但不包括建筑工程。即除了建筑工程以外的一切伪劣产品，不管是工业用品还是农业用品，不管是生活用品还是生产资料，不管是有危害人身、财产安全的产品还是没有危害人身、财产安全的产品，都包括在本罪的伪劣产品之中。

② 行为表现为四种情况：在产品中掺杂、掺假；以假充真；以次充好；以不合格产品冒充合格产品。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，“在产品中掺杂、掺假”，是指在产品中掺入杂质或者异物，致使产品质量不符合国家法律、法规或者产品明示质量标准规定的质量要求，降低、失去应有使用性能的行为。如在芝麻中掺沙子，在磷肥中掺入颜色相同的泥土等。“以假充真”，是指以不具有某种使用性能的产品冒充具有该种使用性能的产品行为。如将党参冒充人参、将猪皮鞋冒充牛皮鞋等。“以次充好”，是指以低等级、低档次产品冒充高等级、高档次产品，或者以残次、废旧零配件组合、拼装后冒充正品或者新产品的行为。“不合格产品”，







是指不符合《产品质量法》第26条第2款规定的质量要求的产品。对本条规定的上述行为难以确定的，应当委托法律、行政法规规定的产品质量检验机构进行鉴定。

③生产、销售伪劣产品构成犯罪的，要求销售数额在5万元以上。“销售金额”，是指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法收入。多次实施生产、销售伪劣产品行为，未经处理的，伪劣产品的销售金额累计计算。

构成本罪的一个重要标准是“销售金额5万元以上”，值得注意：是销售金额而不是纯利润。根据有关司法解释，伪劣产品尚未销售，货值金额达到《刑法》第140条规定的销售金额3倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。

(2) 犯罪主体必须是生产者与销售者。这里的“生产者”既包括产品的制造者，也包括产品的加工者；“销售者”则既包括批量销售者，也包括零散销售者，还包括产品生产的直接销售者。至于生产者、销售者是否取得了有关产品的生产许可证或营业执照，不影响本罪的成立。可见，本罪的主体实际上是一般主体，即凡是达到法定年龄、具有辨认控制能力的自然人，都能成为本罪主体；单位也能成为本罪主体。此外，知道他人实施生产、销售伪劣产品罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件，或者提供制假生产技术的，以本罪的共犯论处。

(3) 犯罪主观方面只能是故意。行为人明知自己在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或以不合格产品冒充合格产品的行为会发生破坏社会主义市场经济秩序、侵害用户、消费者合法权益的危害结果，并且希望或者放任这种结果发生。

由于生产、销售伪劣产品罪的主观上只能是故意，因此过失不可能构成本罪。例如，生产者在生产过程中疏忽大意造成产品配方出现错误，使该产品成为伪劣产品的，不构成本罪。如果造成严重后果的，也只能以其他犯罪论处。但是，当生产者疏忽大意生产出伪劣产品后，查明该产品为伪劣产品时，仍然推向市场又符合本罪的构成要件的，则应以销售伪劣产品罪论处。

## 2. 生产、销售伪劣产品罪的认定

(1) 实施本节犯罪同时又构成侵犯知识产权、非法经营等罪，应该从一重罪论处，这在理论上属于想象竞合犯。

(2) 实施本节犯罪行为，同时又以暴力、威胁方法抗拒查处的，以本节犯罪和妨害公务罪数罪并罚，这在理论上属于牵连犯。

(3) 国家机关工作人员实施本节犯罪，从重处罚，这是司法解释规定的酌定从重情节。

(4) 知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件，或者提供制假生产技术的，以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处

(5) 《刑法》第149条第1款规定：生产、销售本节第141条至第148条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在5万元以上的，依照本节第140条的规定定罪处罚。

(6) 《刑法》第149条第2款规定：生产、销售本节第141条至第148条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第140条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

## 3. 生产、销售伪劣产品罪的刑事责任

《刑法》第140条根据销售金额，对生产、销售伪劣产品罪规定了四个幅度的法定刑：犯本罪销售金额5万元以上不满20万元的，处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；销售金额在20万元以上不满50万元的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；销售金额在50万元以上不满200万元的，处7年以上有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；销售金额在200万元以上的，处15年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。根据刑法第150条的规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定追究刑事责任。

### 真题示例

(2004-2-10) 下列哪一说法是正确的？

- A. 甲违反海关法规，将大量黄金运输进境，不予申报，逃避关税。甲的行为成立走私贵重金属罪
- B. 乙生产、销售劣药，没有对人体健康造成严重危害，但销售金额超过了5万元。乙的行为成立生产、



C. 丙在自己的 35 名同学中高息揽储, 吸收存款 100 万元, 然后以更高的利息贷给他人。丙向其同学还本付息后, 违法所得达到数额较大标准。丙的行为成立非法经营罪与高利转贷罪的想象竞合犯

D. 承担资产评估职责的丁, 非法收受他人财物后, 故意提供虚假证明文件。丁的行为构成公司、企业人员受贿罪与提供虚假证明文件罪, 应实行数罪并罚

答案: B。

**解析:** 走私贵重金属罪单指非法运输“出境”的行为, 而 A 项中甲的行为是“进境”所以不构成走私贵重金属罪, 而且根据我国现行刑法的规定, A 项中甲的行为不构成犯罪。生产、销售伪劣药罪要求“对人体健康造成严重危害”, 故 B 项不构成生产、销售伪劣药罪, 但因其“销售金额在 5 万元以上, 所以构成生产、销售伪劣产品罪, 故 B 项对。C 项的情形构成非法吸收公众存款罪。高利转贷罪表现为套取金融机构信贷资金高利转贷他人, 故 C 不构成高利转贷罪。非法经营罪侵犯的客体是国家对物资、金银、对外贸易及工商的管理秩序, 故 C 不构成非法经营罪。D 是错误的, 丁的行为构成提供虚假证明文件罪。犯本罪的, 处 5 年以下有期徒刑或者拘役, 并处罚金; 中介组织人员索取他人财物或者非法收受他人财物又提供虚假证明文件的, 处 5 年以上 10 年以下有期徒刑, 并处罚金。因此“收受他人财物”是非法提供虚假证明文件罪的加重犯, 不并罚。

### 重点法条

**第一百四十一条** 生产、销售假药, 足以严重危害人体健康的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役, 并处罚金; 对人体健康造成严重危害的, 处 3 年以上 10 年以下有期徒刑, 并处罚金; 致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的, 处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑, 并处罚金或者没收财产。

本条所称假药, 是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。

#### 【关联法条】

##### 《刑法》

**第一百四十二条** 生产、销售劣药, 对人体健康造成严重危害的, 处 3 年以上 10 年以下有期徒刑, 并处罚金; 后果特别严重的, 处 2 年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处罚金或者没收财产。

本条所称劣药, 是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于劣药的药品。

**《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》**

**第三条** 经省级以上药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构鉴定, 生产、销售的假药具有下列情形之一的, 应认定为刑法第一百四十一条规定的“足以严重危害人体健康”:

- (一) 含有超标准的有毒有害物质的;
- (二) 不含所标明的有效成分, 可能贻误诊治的;
- (三) 所标明的适应症或者功能主治超出规定范围, 可能造成贻误诊治的;
- (四) 缺乏所标明的急救必需的有效成分的。

生产、销售的假药被使用后, 造成轻伤、重伤或者其他严重后果的, 应认定为“对人体健康造成严重危害”。

生产、销售的假药被使用后, 致人严重残疾, 三人以上重伤、十人以上轻伤或者造成其他特别严重后果的, 应认定为“对人体健康造成特别严重危害”。

### 法条精解

#### 1. 生产、销售假药罪的概念与特征

生产、销售假药罪, 是指生产、销售假药, 足以严重危害人体健康的行为。

(1) 本罪客观方面表现为实施了生产、销售假药的行为。

① 行为人生产、销售的必须是假药。刑法明确规定, 本罪中的假药, “是指依照《药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品”。根据《药品管理法》第 48 条的规定, 有下列情形之一的为假





药：其一，药品所含成分与国家药品标准规定的成分不符的；其二，以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品的。有下列情形之一的药品，按假药论处：其一，国务院药品监督管理部门规定禁止使用的；其二，依照《药品管理法》必须经过批准而未经批准生产、进口，或者依照《药品管理法》必须经过检验而未经检验即销售的；其三，变质的；其四，被污染的；其五，使用依照《药品管理法》必须取得批准文号而未取得批准文号的原料药生产的；其六，所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的。上述假药都限于用于人体的药品与非药品，如果生产、销售假农药、假兽药则不构成本罪。因为刑法明确规定，本罪中的假药是“足以严重危害人体健康”的假药；刑法对生产、销售假农药、假兽药的行为另设了规定，故生产、销售假药罪中的假药只限于人用药品与非药品。

②具有生产、销售假药的行为。一切制造、加工、配制、采集、收集某种物品充当合格或特定药品的行为，都是生产假药的行为。如以某种原材料制造、加工成不合格药品，采集非药品充当药品，将他种药品充当此种药品，收集禁止使用的、变质不能药用的物品或被污染不能药用的物品充当药品等，都是生产假药的行为。一切有偿提供假药的行为，都是销售假药的行为，销售的方式既可能是公开的，也可能是秘密的；既可能是批量销售，也可能是零散销售；既可能是行为人请求对方购买，也可能是对方请求行为人转让；既可能是直接交付对方，也可能是间接交付对方；有偿转让假药既可能是获取金钱，也可能是获取其他物质利益；既可能是在交付假药的同时获得利益，也可能是先交付假药后获取利益或者先获取利益后交付假药。假药的来源既可能是自己生产的，也可能是自己购买的，还可能通过其他方法取得的。销售的对方没有限制，即不问购买人是否达到法定年龄、是否具有辨认控制能力、是否与销售人具有某种关系。

③生产、销售假药的行为足以严重危害人体健康的，才构成生产、销售假药罪。实际造成危害人体健康结果的，不是本罪的构成要件，而是法定刑的升格条件。由于法条明文规定必须“足以严重危害人体健康”，故本罪是一种具体的危险犯。根据有关司法解释，生产、销售的假药具有下列情形之一的，应认定为《刑法》第141条规定的“足以严重危害人体健康”：A. 含有超标准的有毒有害物质的；B. 不含所标明的有效成分，可能贻误诊治的；C. 所标明的适应症或者功能主治超出规定范围，可能造成贻误诊治的；D. 缺乏所标明的急救必需的有效成分的。

(2) 犯罪主体既可以是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人，也可以是单位。

(3) 犯罪主观方面只能出于故意。行为人明知自己生产、销售假药的行为会破坏市场经济秩序、会发生侵害人体健康的危险，并且希望或者放任这种结果发生。

### 2. 生产、销售假药罪的刑事责任

根据《刑法》第141条和第150条的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。根据前述司法解释的规定，生产、销售的假药被使用后，造成轻伤、重伤或者其他严重后果的，应认定为“对人体健康造成严重危害”；生产、销售的假药被使用后，致人严重残疾，3人以上重伤、10人以上轻伤或者造成其他特别严重后果的，应认定为“对人体健康造成特别严重危害”。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员，依照上述规定处罚。

### 3. 生产、销售劣药罪

生产、销售劣药罪，是指生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的行为。

(1) 本罪客观方面表现为生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的行为。根据《药品管理法》第49条的规定，药品成分的含量不符合国家药品标准的，为劣药。有下列情形之一的药品，按劣药论处：①未标明有效期或者更改有效期的；②不注明或者更改生产批号的；③超过有效期的；④直接接触药品的包装材料和容器未经批准的；⑤擅自添加着色剂、防腐剂、香料、矫味剂及辅料的；⑥其他不符合药品标准规定的。

由于劣药比假药的危害小，故生产、销售劣药对人体健康造成严重危害的，才成立犯罪。生产、销售的劣药被使用后，造成轻伤、重伤或者其他严重后果的，应认定为“对人体健康造成严重危害”。

(2) 本罪主体既可以是自然人，也可以是单位。

(3) 本罪主观上只能是故意，即明知生产、销售劣药的行为会发生破坏市场秩序、危害人体健康的结果，并且希望或者放任这种结果的发生。

根据刑法第142条和第150条的规定，犯生产、销售劣药罪的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处

销售金额50%以上2倍以下罚金；后果特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

4. 生产、销售劣药罪与生产、销售假药罪具有如下区别：①前者生产、销售的是劣药；后者生产、销售的是假药。②前者要求对人体健康造成严重危害，因而是侵害犯；后者只要求足以严重危害人体健康，因而是具体的危险犯。③前者要求行为人认识到实害结果；后者只要求认识到行为的具体危险。

## 重点法条

第一百四十三条 生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；后果特别严重的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百四十四条 在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，依照本法第一百四十一条的规定处罚。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第四条 经省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定，食品中含有可能导致严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物的，应认定为刑法第一百四十三条规定的“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患”。

生产、销售不符合卫生标准的食品被食用后，造成轻伤、重伤或者其他严重后果的，应认定为“对人体健康造成严重危害”。

生产、销售不符合卫生标准的食品被食用后，致人死亡、严重残疾、三人以上重伤，十人以上轻伤或者造成其他特别严重后果的。应认定为“后果特别严重”。

## 法条精解

1. 生产、销售不符合卫生标准的食品罪，是指生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的行为。

2. 食品，是指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是药品的物品，但不包括以治疗为目的的物品。不符合卫生标准的食品，是指不符合食品卫生法规定的卫生标准的食品，但生产、销售有毒、有害食品的不成立本罪。根据前述司法解释，经省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定，食品中含有可能导致严重食物中毒或者其他严重食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物的，应认定为“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患”。本罪主观方面只能出于故意，过失不成立本罪。

3. 根据《刑法》第143条与第150条的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；后果特别严重的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

## 重点法条

第一百四十四条 在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危





害的，依照本法第一百四十一条的规定处罚。

### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第五条 生产、销售的有毒、有害食品被食用后，造成轻伤、重伤或者其他严重后果的，应认定为刑法第一百四十四条规定的“对人体健康造成严重危害”。

生产、销售的有毒、有害食品被食用后，致人严重残疾、三人以上重伤、十人以上轻伤或者造成其他特别严重后果的，应认定为“对人体健康造成特别严重危害”。

### 法条精解

1. 生产、销售有毒、有害食品罪的概念与特征。生产、销售有毒、有害食品罪，是指在生产、销售的食物中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。

(1) 本罪客观方面表现为三种行为：一是在生产的食品中掺入有毒、有害的非食品原料；二是在销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料；三是明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而销售。概括起来说，行为人生产、销售了掺入有毒、有害的非食品原料的食品：①食品中必须掺入了非食品原料，掺入食品原料的不成立本罪。②掺入的非食品原料必须对人体有毒或者有害。

(2) 本罪主体既可以是符合犯罪主体一般要件的自然人，也可以是单位。

(3) 本罪主观方面只能是故意，即明知是有毒、有害的非食品原料，而掺入自己生产、销售的食物中，或者明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而销售，明知自己的行为会发生破坏市场经济秩序、造成食物中毒或者其他食源性疾患的危害结果，并且希望或者放任这种结果发生。过失行为不成立本罪。

2. 生产、销售有毒、有害食品罪与投放危险物质罪有相似之处，需要区别：①二者的行为方式不同：前者表现为生产、销售了掺入有毒、有害的非食品原料的食品；后者表现为在食品、河流、水井乃至公共场所等地投放毒害性、放射性等危险物质。②行为发生的条件不同：前者是在客观的生产、经营活动中实施其行为；后者一般与生产、经营活动没有关系。③主体要求不同：本罪的自然人主体必须已满16周岁，单位可以成为本罪主体；后者的自然人主体只需已满14周岁，单位不能成为其主体。④掺入、投放的有毒、有害物质的主观原因不同：前者往往是为了使食品的数量增加、成本降低等而实施其行为；后者是出于其他原因实施投放危险物质。

3. 生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售不符合卫生标准的食品罪在行为、主体、主观方面等都有相同或相似之处。虽然有毒、有害食品都属于不卫生食品，但由于刑法对生产、销售有毒、有害食品的行为作了特别规定，故对这种行为应独立定罪。这两种犯罪具有以下区别：①生产、销售的食物性质不同：前者生产、销售的是掺有有毒、有害的非食品原料的食品，后者生产、销售的是没有掺入有毒、有害的非食品原料但不符合卫生标准的食品。②生产、销售的含义不完全相同：前者的生产、销售是指在生产、销售的食物中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为；后者的生产是指制造、加工、采集的行为，销售是指一切有偿转让的行为。③对结果的要求不同：前者不要求发生任何实害结果，也不要求有发生结果的具体危险；后者要求足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾患。

### 真题示例

(2009-2-56) 刘某专营散酒收售，农村小卖部为其供应对象。刘某从他人处得知某村办酒厂生产的散酒价格低廉，虽掺有少量有毒物质，但不会致命，遂大量购进并转销给多家小卖部出售，结果致许多饮用者中毒甚至双眼失明。下列哪些选项是正确的？

- A. 造成饮用者中毒的直接责任人是某村办酒厂，应以生产和销售有毒、有害食品罪追究其刑事责任；刘某不清楚酒的有毒成分，可不负刑事责任
- B. 对刘某应当以生产和销售有毒、有害食品罪追究刑事责任
- C. 应当对构成犯罪者并处罚金或没收财产
- D. 村办酒厂和刘某构成共同犯罪

答案：BC。

解析：本题考核生产、销售有毒、有害食品罪和共犯的认定。根据《刑法》第144条和第141章规定，



在本题中，刘某销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品，构成生产、销售有毒、有害食品罪，至于有毒的具体成分并不在明知的范围内。故 A 项错误，B 项正确。另外，本题属于对人体健康造成特别严重危害的情形，即指生产、销售的有毒、有害食品被食用后，致人严重残疾、3 人以上重伤、10 人以上轻伤或者造成其他特别严重后果。根据《刑法》第 144 条和第 141 条的规定，C 项正确。村办酒厂和刘某并没有共同犯罪的故意，不成立共同犯罪。因此，D 项错误。

## 重点法条

**第一百四十五条** 生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以严重危害人体健康的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；后果特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

**第一百四十六条** 生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的產品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的產品，造成严重后果的，处 5 年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；后果特别严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金。

**《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》**

**第三条** 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间，生产用于防治传染病的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是用于防治传染病的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，不具有防护、救治功能，足以严重危害人体健康的，依照刑法第一百四十五条的规定，以生产、销售不符合标准的医用器材罪定罪，依法从重处罚。

医疗机构或者个人，知道或者应当知道系前款规定的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买并有偿使用的，以销售不符合标准的医用器材罪定罪，依法从重处罚。

## 法条精解

### 1. 生产、销售不符合标准的医用器材罪的概念和特征

(1) 生产、销售不符合标准的医用器材罪，是指生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以危害人体健康的行为。

(2) 医疗器材，是指用于治疗人体疾病的机械设备、仪器、用具等；医用卫生材料，是指在医疗过程中使用的辅助性、消耗性物品。国家标准，是指国务院标准化行政主管部门制定的，在全国范围内的统一技术要求；行业标准，是指对于没有国家标准的产品，由国务院有关行政主管部门制定的，在全国某个行业范围内的统一技术要求。没有国家标准、行业标准的医疗器械，注册产品标准可视为“保障人体健康的行业标准”；足以危害人体健康，是指具有危害人身健康的危险性。

(3) 本罪主体既可以是自然人，也可以是单位。

(4) 主观方面只能出于故意，过失不成立本罪。

### 2. 生产、销售不符合标准的医用器材罪的刑事责任

根据《刑法》第 145 条和第 150 条的规定，犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处 3 年以上 10 以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；后果特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

根据有关司法解释，造成轻伤、重伤或者其他严重后果的，应认定为对人体健康造成严重危害；造成感染病毒性肝炎等难以治愈的疾病、1 人以上重伤、3 人以上轻伤或者其他严重后果的，应认定为后果特别严重。





严重；致人死亡、严重残疾、感染艾滋病、3人以上重伤、10人以上轻伤或者造成其他特别严重后果的，应认定为情节特别恶劣。

### 3. 生产、销售不符合安全标准的产品罪

生产、销售不符合安全标准的产品罪，是指生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，造成严重后果的行为。

自然人或者单位，故意生产、销售不符合安全标准的产品的行为，造成了严重结果即造成了他人伤害、死亡或者重大财产损失等后果的，才成立本罪。

## 重点法条

第一百五十三条 走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

（一）走私货物、物品偷逃应缴税额在50万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产；情节特别严重的，依照本法第一百五十一条第四款的规定处罚。

（二）走私货物、物品偷逃应缴税额在15万元以上不满50万元的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

（三）走私货物、物品偷逃应缴税额在5万元以上不满15万元的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处5年以上有期徒刑，并处罚金。犯第一款，第二款罪，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本条各款的规定处罚。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑。

对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百五十一条 走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币的，处7年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属或者国家禁止进出口的珍贵动物及其制品的，处5年以上有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处5年以下有期徒刑，并处罚金。

第一百五十二条 以牟利或者传播为目的，走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

逃避海关监管将境外固体废物、液态废物和气态废物运输进境，情节严重的处五年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前两款的规定处罚。

第一百五十四条 下列走私行为，根据本节规定构成犯罪的，依照本法第一百五十三条的规定定罪处罚：

（一）未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的；

（二）未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的。

第一百五十五条 下列行为，以走私罪论处，依照本节的有关规定处罚：

（一）直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的；

（二）在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国



家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的。

第一百五十六条 与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处。

第一百五十七条 武装掩护走私的，依照本法第一百五十一条第一款、第四款的规定从重处罚。

以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和本法第二百七十七条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。

## 法条精解

1. 走私罪是个类罪名，需要根据走私物品的不同，分别定罪处罚。本节共 10 个罪名，都是一般主体，都可由单位实施。本节共 10 个罪名，它们分别为走私武器，弹药罪，走私核材料罪，走私假币罪，走私贵重金属罪，走私文物罪，走私珍贵动物，珍贵动物制品罪，走私国家禁止进出口的货物、物品罪，走私淫秽物品罪，走私普通货物，物品罪，除了本节规定的走私罪，刑法第 347 条还规定了走私毒品罪，走私毒品罪在有些方面可以适用本节走私罪的规定，但也会有些不同之处。走私普通货物、物品罪与其他走私罪是普通法与特别法的关系。

2. 走私普通货物物品罪。走私普通货物、物品罪是走私其他走私犯罪以外的一切货物、物品，包括可以自由进出口的货物、物品、国家限制进出口的货物、物品、国家禁止进出口的货物、物品。

(1) 数额标准。走私货物、物品偷逃应缴税额应在 5 万元以上，否则不构成犯罪。

(2) 后续走私行为：①未经海关批准或者海关许可并补缴关税，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零部件、制成品、设备等保税货物或者海关监管的其他货物、进境的海外运输工具等，非法在境内销售牟利的。②未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的行为。这里的销售牟利可以是行为人为了追求更大利润而擅自销售的，也可以是行为人为了避免经营上的更大损失而擅自销售的，因此无论行为人是否获利，都不影响走私罪的成立。

(3) 《刑法》第 155 条规定了两种间接走私行为，它不仅对走私普通货物、物品罪适用，对于其他走私罪也适用。①直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的。②在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的。这里需要注意的是，如果在公海运输、收购、贩卖则不构成此罪，但若在公海从事这些行为，又返回大陆的，由于结果地发生在中国，也可以此罪论处。

根据间接走私的规定，要注意如下问题：其一，如果间接走私行为同时触犯非法买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药罪、非法买卖、运输、储存危险物质罪、出售、购买、运输假币罪等罪名，不再以这些犯罪论处，直接定走私罪。其二，间接走私的罪名应该以所走私的对象进行定性，比如直接向走私人收购假币，就应该构成走私假币罪。

3. 走私罪的其他问题：

(1) 走私淫秽物品罪需以牟利或传播为目的。

(2) 根据立法解释，具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石属于文物，走私上述物品出境的，可以构成走私文物罪。

(3) 走私的辅助行为。与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处。构成共同犯罪在主观方面必须有事先通谋，客观方面必须提供了方便。

(4) 走私文物罪和走私贵重金属罪为单向犯罪，即在“进口”时不构成该罪。走私废物罪正相反，“进境”时构成该罪。但根据法条竞合的兜底作用，如果走私文物或贵重金属入境，偷逃税额在 5 万元以上，虽然不过程走私文物罪、走私贵重金属罪，但可以构成走私普通货物、物品罪。

4. 罪数问题：①武装掩护走私的，从重处罚；②以暴力、威胁方法抗拒缉私的，须与妨害公务罪数罪并罚（不含走私毒品罪）。如果妨害公务行为造成人重伤，根据想象竞合，从一重罪论处，以故意伤害罪论，然后再与走私罪数罪并罚。

## 真题示例

(2006-2-7) 对下列哪一情形应当实行数罪并罚？

A. 在走私普通货物、物品过程中，以暴力、威胁方法抗拒缉私的



- B. 在走私毒品过程中，以暴力方法抗拒检查，情节严重的  
C. 在组织他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的  
D. 在运送他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的

答案：A。

解析：根据《刑法》第157条第2款规定，A项情形应当数罪并罚。根据《刑法》第347条第2款规定，可知，以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的，应当以走私、贩卖、运输、制造毒品罪一罪定罪处罚，所以B项不入选。根据《刑法》第318条规定，C项中的暴力情节是组织他人偷越国边境罪的加重情节，仍是一罪，不入选。根据《刑法》第321条第2款规定，D项中的暴力也同样是加重情节，应定一罪，不选。故本题正确答案为A项。

## 重点法条

第一百五十八条 申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百五十九条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

## 法条精解

1. 虚报注册资本罪：虚报注册资本罪，是指申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

2. 本罪客观方面：①申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门。虚报注册资本，既可以表现为没有达到登记注册的资本数额，却采取欺诈手段证明达到了法定数额；也可以表现为虽然达到了法定数额却虚报具有更高数额的资本。②已经取得公司登记，即已被公司登记机关批准登记注册并已发给《企业法人营业执照》。如果欺诈手段被登记机关发觉而未予登记的，则不成立本罪。③虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节，具备三者之一，即可成立本罪。本罪主体是申请公司登记的自然人与单位。主观方面只能出于故意，即明知自己虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门的行为，会发生破坏公司登记秩序的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生，主观目的在于取得公司登记。

3. 追诉标准：①实缴注册资本不足法定注册资本最低限额，有限责任公司虚报数额占法定最低限额的60%以上，股份有限公司虚报数额占法定最低限额的30%以上的；②实缴注册资本达到法定最低限额，但仍虚报注册资本，有限责任公司虚报数额在100万元以上，股份有限公司虚报数额在1000万元以上的；③虚报注册资本给投资者或者其他债权人造成的直接经济损失累计数额在10万元以上的；④虽未达到上述数额标准，但具有下列情形之一的：因虚报注册资本，受过行政处罚2次以上，又虚报注册资本的；向公司登记主管人员行贿或者注册后进行违法活动的。

4. 刑事责任：根据《刑法》第158条的规定，犯虚报注册资本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额1%以上5%以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。上述“虚报注册资本金额”不是指行为人申报的全部金额，而是指超过实际资本部分的金额。

5. 虚假出资、抽逃出资罪是指公司发起人、股东违反公司法的规定，未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。本



罪名为选择性罪名。行为表现为违反公司法的规定，或者在公司成立前虚假出资，或者在公司成立后抽逃出资，并要求具备数额巨大、后果严重或其他严重情节之一。主体是公司发起人、股东，包括自然人与单位。主观方面必须出于故意。根据《刑法》第159条的规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额2%以上10%以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

### 真题示例

(2005-2-9) 甲、乙二人出资10万元，同时通过购买并使用伪造的商业零售发票，虚填商品实物价值人民币50万元，骗取审计事务所出具验资报告，欺骗公司登记主管部门，以60万元注册资本取得“XX贸易有限公司”营业执照。后甲、乙又合谋将上述10万元资本金转移用于注册另一公司。甲、乙二人的行为构成：

- A. 虚报注册资本罪
- B. 虚假出资
- C. 虚报注册资本罪与抽逃出资罪
- D. 虚假出资罪与抽逃出资罪

答案：C。

解析：犯罪人使用虚假证明文件虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，以取得公司登记，符合《刑法》第158条规定的虚报注册资本罪。成立公司后又抽逃出资的，符合《刑法》第159条所规定的抽逃出资罪。

### 重点法条

第一百六十三条 公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。

国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前两款行为的，依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。

#### 【关联法条】

##### 《刑法》

第一百六十四条 为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

第一百八十四条 银行或者其他金融机构的工作人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照本法第一百六十三条的规定定罪处罚。

国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》

为依法惩治商业贿赂犯罪，根据刑法有关规定，结合办案工作实际，现就办理商业贿赂刑事案件适用法律的若干问题，提出如下意见：

一、商业贿赂犯罪涉及刑法规定的以下八种罪名：（1）非国家工作人员受贿罪（刑法第一百六十三条）；（2）对非国家工作人员行贿罪（刑法第一百六十四条）；（3）受贿罪（刑法第三百八十五条）；（4）单位受贿罪（刑法第三百八十七条）；（5）行贿罪（刑法第三百八十九条）；（6）对单位行贿罪（刑法第三百九十一条）；（7）介绍贿赂罪（刑法第三百九十二条）；（8）单位行贿罪（刑法第三百九十三条）。







二、刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非常设性的组织。

三、刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“公司、企业或者其他单位的工作人员”，包括国有公司、企业以及其他国有单位中的非国家工作人员。

四、医疗机构中的国家工作人员，在药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品采购活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

医疗机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

五、学校及其他教育机构中的国家工作人员，在教材、教具、校服或者其他物品的采购等活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

学校及其他教育机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

学校及其他教育机构中的教师，利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物，为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

六、依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员，在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动中，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组中国家机关或者其他国有单位的代表有前款行为的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

七、商业贿赂中的财物，既包括金钱和实物，也包括可以用金钱计算数额的财产性利益，如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡（券）、旅游费用等。具体数额以实际支付的资费为准。

八、收受银行卡的，不论受贿人是否实际取出或者消费，卡内的存款数额一般应全额认定为受贿数额。使用银行卡透支的，如果由给予银行卡的一方承担还款责任，透支数额也应当认定为受贿数额。

九、在行贿犯罪中，“谋取不正当利益”，是指行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。

在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于“谋取不正当利益”。

十、办理商业贿赂犯罪案件，要注意区分贿赂与馈赠的界限。主要应当结合以下因素全面分析、综合判断：（1）发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；（2）往来财物的价值；（3）财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；（4）接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

十一、非国家工作人员与国家工作人员通谋，共同收受他人财物，构成共同犯罪的，根据双方利用职务便利的具体情形分别定罪追究刑事责任：

（1）利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以受贿罪追究刑事责任。

（2）利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。

（3）分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的，按照主犯的犯罪性质追究刑事责任，不能分清主犯的，可以受贿罪追究刑事责任。

## 法条精解

### 1. 非国家工作人员受贿罪的概念及构成

非国家工作人员受贿罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物



或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。犯罪构成：

(1) 客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。利用职务上的便利是本罪在客观方面的重要因素，是指公司、企业以及事业单位、其他组织，后者如教育、科研、医疗、体育、出版等单位的工作人员利用本人组织、领导、监督、管理等职权及利用与上述职权有关的便利条件。索取他人财物是指利用组织、领导、监督、管理等职务上的便利，主动向有求于行为人职务行为的请托人索要财物。非法收受他人财物是指利用组织、领导、监督、管理等职务上的便利，为请托人办事，接受请托人主动送给的财物。为他人谋取利益是指行为人索要或收受他人财物，利用职务之便为他人或允诺为他人实现某种利益。该利益是合法还是非法，该利益是否已谋取到，均不影响本罪的成立。数额较大是指接受贿赂即财物的数额较大。接受了数额较大的贿赂，则构成该罪的既遂。

(2) 犯罪主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的工作人员。公司、企业的工作人员是指在公司、企业、其他单位中从事领导、组织、管理工作的人员，如公司的董事、监事以及公司、企业的经理、厂长、财会人员以及其他受公司、企业聘用从事管理事务的人员。“其他单位的人员”包括非国有事业单位或者其他组织的工作人员，如教育、科研、医疗、体育、出版等单位的从事组织领导以及履行监督、管理职责的人员。在国有公司、企业、国有其他单位中从事公务的人员和国有公司、企业、国有其他单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员利用职务上的便利受贿的，不成立公司、企业、其他单位人员受贿罪，而应依照《刑法》第385条、第386条的受贿罪处罚。

(3) 主观方面表现为故意，即公司、企业、其他单位人员故意利用其职务之便接受或索取贿赂，为他人谋取利益。

## 2. 刑事责任

根据《刑法》第163条的规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处罚金。

### 真题示例

(2008-2-11) ×公司系甲、乙二人合伙依法注册成立的公司，以钢材批发零售为营业范围。丙因自己的公司急需资金，便找到甲、乙借款，承诺向×公司支付高于银行利息五个百分点的利息，并另给甲、乙个人好处费。甲、乙见有利可图，即以购买钢材为由，以×公司的名义向某银行贷款1000万元，贷期半年。甲、乙将贷款按约定的利息标准借与丙，丙给甲、乙各10万元的好处费。半年后，丙将借款及利息还给×公司，甲、乙即向银行归还本息。关于甲、乙、丙行为的定性，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲、乙构成高利转贷罪，丙无罪
- B. 甲、乙构成骗取贷款罪，丙无罪
- C. 甲、乙构成高利转贷罪、非国家工作人员受贿罪，丙构成对非国家工作人员行贿罪
- D. 甲、乙构成骗取贷款罪、非国家工作人员受贿罪，丙构成对非国家工作人员行贿罪

答案：C。

解析：《刑法》第175条规定，高利转贷罪，是指违反国家规定，以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。本案中甲乙以牟利为目的，违反国家规定，套取银行资金高利转贷给丙的行为构成高利转贷罪。非国家工作人员受贿罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。本题中，甲乙利用职务上的便利，收受丙10万元，为丙牟利的行为构成非国家工作人员受贿罪。同时，丙也构成对非国家工作人员行贿罪，因此，本题的正确答案是C项。

### 重点法条

第一百六十五条 国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百六十六条 国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损



失的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；

（二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的；

（三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。

## 法条精解

### 1. 非法经营同类营业罪的概念及构成

非法经营同类营业罪，是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。

犯罪构成：①本罪主体只能是国有公司、企业的董事、经理。②客观方面表现为利用职务上的便利，自己经营与其所任职公司、企业同类的营业，或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。③本罪主观方面只能是故意，过失不可能成立本罪。

### 2. 刑事责任

根据《刑法》第165条的规定，犯非法经营同类营业罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

### 3. 为亲友非法牟利罪的概念及构成

为亲友非法牟利罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务上的便利，违背职务，致使国家利益遭受重大损失的行为。

（1）本罪主体必须是国有公司、企业、事业单位的工作人员。

（2）客观方面必须符合三个条件：①必须利用职务上的便利，即利用自己主管、管理、经营、经手公司、企业业务的便利。②必须实施了下列三种行为之一：一是将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营；二是以明显高于市场的价格向自己亲友经营管理的单位采购商品，或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品；三是向自己的亲友经营管理的单位采购不合格的商品。实施其中一种行为的即可成立本罪，同时实施上述行为的也只成立一罪。③必须致使国家利益遭受重大损失。

根据司法实践，具有下列情形之一的，应当追诉：造成国家直接经济损失数额在10万元以上的；致使有关单位停产、破产的；造成恶劣影响的。本罪主观方面只能由故意构成，过失行为不可能成立本罪。

## 真题示例

（2005-2-58）下列哪些人可以成为非法经营同类企业罪的犯罪主体？

- A. 中外合资企业的董事、经理
- B. 国有公司的董事
- C. 国有企业的经理
- D. 国有公司控股的公司、企业的董事、经理

答案：BC。

解析：题目中的罪名错误，应该是“非法经营同类营业罪”。根据《刑法》第165条的规定，构成此罪的主体只能是国有公司企业的董事和经理，不包含中外合资企业的董事、经理和国有公司控股的公司、企业的董事、经理。

## 重点法条

第一百六十七条 国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百六十八条 国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。



国有事业单位的工作人员有前款行为，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊，犯前两款罪的，依照第一款的规定从重处罚。

## 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第四条 国有公司、企业、事业单位的工作人员，在预防、控制突发传染病疫情等灾害的工作中，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，依照刑法第一百六十八条的规定，以国有公司、企业、事业单位人员失职罪或者国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪定罪处罚。

### 《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》

第六条 国有电信企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有电信企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，依照刑法第一百六十八条的规定定罪处罚。

### 《最高人民法院关于如何认定国有控股、参股股份有限公司中的国有公司、企业人员的解释》

国有公司、企业委派到国有控股、参股公司从事公务的人员，以国有公司、企业人员论。

## 法条精解

### 1. 签订、履行合同失职被骗罪的概念及构成

签订、履行合同失职被骗罪，是指国有公司、企业、事业单位的直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。犯罪构成：

(1) 本罪主体只限于国有公司、企业、事业单位的直接负责的主管人员。

(2) 客观方面表现为在签订、履行合同的过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失。所应注意的是，并非在签订、履行合同过程中严重不负责任的一切行为，都成立本罪。因严重不负责任而不能履行合同，致使国家利益遭受重大损失的，不成立本罪；只有因严重不负责任被诈骗，从而致使国家利益遭受重大损失的，才成立本罪；但也不是凡是被诈骗的都成立本罪，只有因为严重不负责任被诈骗才可能成立本罪。根据全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第7条的规定，金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员严重不负责任，造成大量外汇被骗购或者逃汇，致使国家利益遭受重大损失的，依照刑法第167条的规定定罪处罚。“致使国家利益遭受重大损失”包括造成大量财物被诈骗、因为被骗造成停产等损失。

根据司法实践，造成国家直接经济损失数额在50万元以上的，或者直接经济损失占注册资本30%以上的，应予追诉。金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员，严重不负责任，造成国家外汇被骗购或者逃汇，数额在100万美元以上的，应予追诉。本罪主观方面应是过失，既可能是疏忽大意的过失，也可能是过于自信的过失。

### 2. 刑事责任

根据《刑法》第167条的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 3. 国有公司、企业、事业单位人员失职罪、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪的概念

国有公司、企业、事业单位人员失职罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，由于严重不负责任，造成国有公司、企业、事业单位破产、严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。本罪属于过失犯罪。国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员滥用职权，造成国有公司、企业、事业单位破产、严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的行为。本罪属于故意犯罪。

## 重点法条

第一百七十条 伪造货币的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产：

- (一) 伪造货币集团的首要分子；
- (二) 伪造货币数额特别巨大的；
- (三) 有其他特别严重情节的。





## 【关联法条】

### 《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 伪造货币的总面额在二千元以上不满三万元或者币量在二百张（枚）以上不足三千张（枚）的，依照刑法第一百七十条的规定，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

伪造货币的总面额在三万元以上的，属于“伪造货币数额特别巨大”。

行为人制造货币版样或者与他人事前通谋，为他人伪造货币提供版样的，依照刑法第一百七十条的规定定罪处罚。

第七条 本解释所称“货币”是指可在国内市场流通或者兑换的人民币和境外货币。

货币面额应当以人民币计算，其他币种以案发时国家外汇管理机关公布的外汇牌价折算成人民币。

## 法条精解

### 1. 伪造货币罪的概念

伪造货币罪，是指没有货币发行权的人，非法制造外观上足以使一般人误认为是货币的假货币，妨害货币的公共信用的行为。

### 2. 伪造货币罪的构成要件

（1）客观行为表现为制造外观上足以使一般人误认为是货币的假货币。①伪造，是指制造外观上足以使一般人误认为是货币的假货币的行为。典型的伪造行为表现为，仿照货币的形状、特征、图案、色彩等制造出与真货币的外观相同的假货币。②伪造货币包括伪造正在通用的中国货币、外国货币及中国香港、中国澳门、中国台湾地区的货币，包括硬币与纸币。行为人所伪造的货币必须是正在通用的货币，如果伪造已经停止通用的古钱、废钞，则不成立本罪。③所伪造以及可能伪造出来的货币应在外观上足以使一般人误认为是真的货币。行为人制造出来的物品完全不可能被人们误认为是货币的，不可能成立伪造货币罪。但是，也不要求伪造的货币与真货币完全相同。

（2）伪造货币罪的主体必须是没有货币制作发行权的人，但只能是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人，单位不能成为本罪主体。行为人制造货币版样或者与他人事前通谋，为他人伪造货币提供版样的，以本罪论处。

（3）伪造货币罪的主观方面只能是故意，即明知自己伪造货币的行为会发生侵犯货币的公共信用与货币发行权的危害结果，并且希望或者放任这种结果发生。

### 3. 伪造货币罪的刑事责任

根据《刑法》第170条的规定，犯伪造货币罪的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产：①伪造货币集团的首要分子；②伪造货币数额特别巨大的；③有其他特别严重情节的。其中的首要分子，是指在伪造货币集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪人。根据《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》，伪造货币的总面额在2000元以上不满3万元或者币量在200张（枚）以上不足3000张（枚）的，适用第一档法定刑；伪造货币的总面额在3万元以上的，属于“伪造货币数额特别巨大”。货币面额应当以人民币计算，其他币种以案发时国家外汇管理机关公布的外汇牌价折算成人民币。

### 4. 与其他犯罪的区别

（1）与诈骗罪。如果所伪造的货币没有侵害货币的公共信用，如伪造银元，伪造不能流通的货币，就不应该以伪造货币罪定罪，但如果有骗取他人财物的目的，可以诈骗罪定罪。

（2）与变造货币罪。《刑法》第173条规定了变造货币罪，变造货币是在真币的基础上通过挖补、剪贴等手段，加工出更多更大数量的货币。由于伪造货币不包括变造货币的行为，因此包括走私假币罪在内的其他货币犯罪，都不应该包括变造的货币。

### 5. 罪数与共同犯罪

（1）共同犯罪。行为人制造货币版样或者与他人事先通谋，为他人伪造货币提供版样的，以伪造货币罪论。

（2）吸收犯。伪造货币后，又实施其他出售或购买伪造的货币的，以伪造货币罪从重处罚。

### 6. 货币犯罪的其他规定

选择性罪名的运用：①对同一宗假币实施了法律规定为选择性罪名的行为，应根据行为人所实施的数



个行为，按刑法规定的相关罪名排列顺序并列确定罪名，数额不累计计算，不实行数罪并罚。②对不同宗假币实施法律规定为选择性罪名的行为，并列确定罪名，数额按全部假币面额累计计算，不实行数罪并罚。③行为人伪造货币又出售、购买、运输、持有、使用他人所伪造的货币，数罪并罚。④出售、运输假币构成犯罪，同时又有使用假币行为，数罪并罚。

## 重点法条

第一百七十一条 出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。

银行或者其他金融机构的工作人员购买伪造的货币或者利用职务上的便利，以伪造的货币换取货币的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金或者没收财产；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金。

伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，依照本法第一百七十条的规定定罪从重处罚。

### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》

第二条 行为人购买假币后使用，构成犯罪的，依照刑法第一百七十一条的规定，以购买假币罪定罪，从重处罚。

行为人出售、运输假币构成犯罪，同时有使用假币行为的，依照刑法第一百七十一条、第一百七十二条的规定，实行数罪并罚。

第三条 出售、购买假币或者明知是假币而运输，总面额在四千元以上不满五万元的，属于“数额较大”；总面额在五万元以上不满二十万元的，属于“数额巨大”；总面额在二十万元以上的，属于“数额特别巨大”，依照刑法第一百七十一条第一款的规定定罪处罚。

## 法条精解

1. 出售、购买、运输假币罪，是指明知是伪造的货币而出售、购买或者运输，数额较大的行为。①本罪客观方面表现为出售、购买、运输伪造的货币。数额较大，依照前述司法解释，这里的数额较大，是指总面额在4000元以上不满5万元。②本罪主体只能是具备法定条件的自然人，但其中的购买假币的主体必须不是金融机构的工作人员。③主观方面只能是故意，即明知是假币而出售、购买或者运输。④伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，以伪造货币罪从重处罚，不另成立出售、运输假币罪。因为出售或者运输假币，是伪造货币的行为的必然延伸或当然发展，因此，这种情况属于吸收犯，对于吸收犯应以一罪论处。但这仅限于行为人出售、运输自己伪造的假币的情形。如果行为人不仅伪造货币，而且出售或者运输他人伪造的货币，即伪造的假币与出售、运输的假币不具有同一性时，则应当实行数罪并罚。

2. 金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪，是指银行或者其他金融机构工作人员，购买伪造的货币，或者利用职务上的便利，以伪造的货币换取货币的行为。①本罪的主体必须是银行或者其他金融机构工作人员，至于金融机构的所有制性质，则在所不问。②客观方面表现为两种情况：一是购买假币；二是利用职务上的便利，以假币换取货币，即利用职务上管理金库、出纳现金、吸收付出存款等便利条件，将假币调换成真货币。调换假币没有利用职务之便的，应视行为的具体情况认定为其他犯罪。③主观方面只能是故意，即明知是假币而购买，或者明知是假币，而将其调换成真货币。

## 真题示例

(2004-2-53)《刑法》第171条第1款前段规定：“出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。”关于本条的理解，下列哪些说法是错误的？

- A. 运输假币罪要求行为人明知是假币，但出售、购买假币罪不要求行为人明知是假币
- B. 根据故意犯罪的刑法规定与刑法原理，出售、购买假币罪也以行为人明知是假币为前提



C. 出售、购买、运输假币罪都是故意犯罪，但运输假币罪只能是直接故意，而出售、购买假币罪只能是间接故意

D. “并处二万元以上二十万元以下罚金”是指可以并处罚金，而非应当并处罚金

答案：ACD。

解析：出售、购买、运输假币罪都是直接故意。刑法规定“并处”罚金时，人民法院在对犯罪人判处主刑的同时，必须依法并处罚金；刑法规定“可以并处”罚金时，人民法院应当根据案件具体情况以及犯罪人的财产状态，决定是否并处罚金。

## 重点法条

第一百七十二条 明知是伪造的货币而持有、使用，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》

第五条 明知是假币而持有、使用，总面额在四千元以上不满五万元的，属于“数额较大”；总面额在五万元以上不满二十万元的，属于“数额巨大”；总面额在二十万元以上的，属于“数额特别巨大”，依照刑法第一百七十二条的规定定罪处罚。

## 法条精解

### 1. 持有、使用假币罪的概念与特征

持有、使用假币罪，是指明知是伪造的货币而持有、使用，数额较大的行为。

(1) 本罪客观上表现为持有、使用伪造的货币，数额较大的行为。持有，是指将假币置于行为人事实上的支配之下，不要求行为人实际上握有假币。使用，是将假币作为真货币而使用，既可以是以外表合法的方式使用假币，如购买商品、兑换另一货币、存入银行、赠与他人，或者将假币用于交纳罚金或者罚款等，也可以是以非法的方式使用货币，如将假币用于赌博。此外，将假币交付给不知情的他人使用的，以及向自动售货机中投入假币以取得商品的，均成立使用假币罪。值得注意的是，使用假币是否以对方不知是假币为前提？答案应是肯定的。因此，向知情的人交付假币、伪造的共犯人之间分配假币、向知情的人出售假币等，都不属于使用假币的行为。成立本罪还要求持有、使用假币数额较大。

(2) 本罪主体只能是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人，而不能是单位。

(3) 本罪主观方面只能是故意，即明知是假币而非法持有或者使用。

### 2. 持有、使用假币罪的其他问题

(1) 持有与使用的区别。使用假币必须让假币进入流通领域，侵害货币的公共信用。比如甲在与他人签订经济合同时，为显示自己的经济实力，将总面额20万元的假币冒充真币出示给对方看（2006年多选），由于甲的使用行为并未进入流通领域，因此不构成使用假币罪，只能以持有假币罪定罪。

(2) 使用与出售、购买的区别。使用假币是一种特殊的诈骗行为，因此必须以被害人陷入认识错误，不知道是假币为要件，而出售、购买假币的行为人必须明知是假币。比如2000年试题，甲欠乙1800元人民币，经乙多次催讨，甲提议用其购得的（无法查证）假人民币8000元偿还，乙表示同意并收下，在此案中，双方都知是假人民币，这其实是用债权与假币的对价交易关系，甲应以出售假币罪定罪，而乙构成购买假币罪。

## 真题示例

1. （2009-2-61）甲发现某银行的ATM机能够存入编号以“HD”开头的假币，于是窃取了三张借记卡，先后两次采取存入假币取出真币的方法，共从ATM机内获取6000元人民币。甲的行为构成何罪？

A. 使用假币罪

B. 信用卡诈骗罪

C. 盗窃罪

D. 以假币换取货币罪

答案：AC。

解析：本题考核使用假币罪、信用卡诈骗罪、盗窃罪和以假币换取货币罪的认定。使用假币罪，是指



明知是伪造的货币而将其冒充真货币在经济交往、日常生活中运用，使不具备流通性的假币得以充当真币而流通，数额较大的行为。本题中，甲以假币当真币使用，履行货币职能，构成使用假币罪。另外《刑法》第196条第3款规定，盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪定罪处罚。故甲构成使用假币罪和盗窃罪，AC正确，排除B。以假币换取货币罪的犯罪主体是特殊主体，即只能是金融机构的从业人员。本案中的甲是普通的公民而非金融机构的从业人员，不满足以假币换取货币罪的主体要件。因此，D项不选。

2. (2006-2-12) 下列哪一行为可以构成使用假币罪？

- A. 甲用总面额1万元的假币参加赌博
- B. 甲（系银行工作人员）利用职务上的便利，以伪造的货币换取货币
- C. 甲在与他人签订经济合同时，为显示自己的经济实力，将总面额20万元的假币冒充真币出示给对方看
- D. 甲用总面额10万元的假币换取高某的1万元真币

答案：A。

解析：使用假币罪是指明知是伪造的货币而持有、使用，数额较大的行为。《刑法》第172条规定的“使用”既可以合法的方式使用假币（例如持假币去商店购物），也可以是以非法的方式使用假币（例如持假币参与赌博）。B项构成《刑法》第171条第2款金融工作人员以假币换取货币罪。C项中甲的行为不构成使用假币，但不排除非法持有假币。D项实质是甲出售假币，构成《刑法》第171条第1款出售假币罪。

### 重点法条

第一百七十三条 变造货币，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。

#### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》

第六条 变造货币的总面额在二千元以上不满三万元的，属于“数额较大”；总面额在三万元以上的，属于“数额巨大”，依照刑法第一百七十三条的规定定罪处罚。

### 法条精解

1. 变造货币罪是指没有货币制作、发行权的人对真正的货币进行各种方式的加工，使其改变为面额、含量不同的货币，数额较大的行为。

2. 变造的方式没有限制，如拼接、剪贴、揭层、挖补、涂改等。变造一般表现为将货币面额增加，如将50元的真货币变造成为100元的货币。但是，减少金属货币的金属含量的行为，也应认定为变造。变造货币数额较大的，才成立犯罪。变造货币的主体为具备法定主体要件的自然人。主观方面只能是故意，刑法也没有要求有营利目的或者行使目的。

### 重点法条

第一百七十五条 以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。

#### 【关联法条】

《刑法》

第一百七十五条之一 以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。



### 1. 高利转贷罪的概念与特征

高利转贷罪，是指以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。

(1) 本罪客观方面表现为套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。高利转贷他人，是指从金融机构套取信贷资金后，再以更高的利率借贷给他人或者其他单位。实施高利转贷行为违法所得数额较大的，才以犯罪论处。根据司法实践，具有下列情形之一的，应予追诉：①个人高利转贷，违法所得数额在5万元以上的；②单位高利转贷，违法所得数额在10万元以上的；③虽未达到上述数额标准，但因高利转贷，受过行政处罚2次以上，又高利转贷的。

(2) 本罪主体既可以是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人，也可以是单位。

(3) 本罪主观方面只能是故意，行为人明知自己的行为会发生扰乱金融秩序的结果，并且希望或者放任这种结果的发生。行为人在套取信贷资金时还必须具有转贷牟利的目的，但行为人必须没有不法所有信贷资金的目的，即具有偿还信贷资金的意图。

### 2. 高利转贷罪的认定

行为人出于其他目的取得金融机构信贷资金，然后产生将信贷资金高利转贷他人的意图进而实施这种行为的，不应以犯罪论处。对于高利转贷信贷资金，违法所得数额较小的，不能认定为本罪。行为人套取金融机构信贷资金后，转贷他人只是略高于法定利率的，一般也不宜以犯罪论处。

在认定本罪时，应注意变相高利转贷的情形。行为人套取金融机构信贷资金后，表面上将该部分资金用于生产经营，但将自有资金高利借贷他人，违法所得数额较大的，应认定为本罪；行为人套取金融机构的信贷资金，高利借贷给名义上有合资合作关系但实际上并不参与经营的企业，违法所得数额较大的，也应认定为本罪。

### 3. 高利转贷罪的刑事责任

根据《刑法》第175条的规定，犯高利转贷罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金；数额巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

## 重点法条

第一百七十七条之一 有下列情形之一，妨害信用卡管理的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；数量巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金：

- (一) 明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的；
- (二) 非法持有他人信用卡，数量较大的；
- (三) 使用虚假的身份证明骗领信用卡的；
- (四) 出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡的。

窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料的，依照前款规定处罚。

银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，犯第二款罪的，从重处罚。

## 法条精解

### 1. 妨害信用卡管理罪的概念

妨害信用卡管理罪，是指违反国家信用卡管理法规，在信用卡的发行、使用等过程中，妨害国家对信用卡的管理活动，破坏信用卡管理秩序的行为。

### 2. 妨害信用卡管理罪的构成特征

(1) 侵犯的客体是国家的信用卡管理制度。

(2) 妨害信用卡管理罪在犯罪客观方面具体包括四种情形：①明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的；所谓伪造的信用卡：一是指从表现形式到具体内容完全模仿真实的信用卡，按照真实信用卡的图案、版块、模式及磁条密码完全的去非法制造一个新的信用卡；二是指在真实的信用卡基础上进行伪造。以上两种情形均属于伪造的信用卡。所谓明知，是指行





为人知道或者应当知道其实施相应行为的信用卡是伪造的。②非法持有他人信用卡，数量较大的；按照修正案以前的法律的规定，只有使用信用卡进行诈骗并达到一定金额才可能构成犯罪，即信用卡诈骗罪，从而给了某些不法分子以可乘之机，有些犯罪分子就非法持有了他人的信用卡，并进行刷卡消费或者提现。这些行为严重扰乱了正常的信用卡管理制度，侵犯了银行的合法权益。立法机关做出这样的规定，可以有效地遏制犯罪行为，起到一个预防的作用。③使用虚假的身份证明骗领信用卡的；提供真实有效的身份证明是信用人持有人或者领取人向银行应当履行的最基本义务。信用卡的实质是银行向个人或单位提供的小额贷款，是以个人或单位的信誉为根本出发点。如果行为人使用虚假的身份证明骗取信用卡，会对信用卡管理秩序和他人的合法权益造成重大损害。刑法对此种行为作出规范，有利于加大打击提供虚假身份证明骗领信用卡的犯罪力度。④出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡的。此项规定实际上是对③的范围扩大化，立法目的是防止犯罪分子有组织、有预谋的进行大规模的犯罪活动。

该规定属于列举性的规定，为选择性的构成要件，也就是说，并不必然要求行为人具备以上全部的行为才构成妨害信用卡管理罪，按照法律规定，行为人只要实施上述行为之一的，就构成本罪。

(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，即达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力、实施危害行为的自然人。单位能否成为此罪的主体，司法实践中出现两种观点，即肯定说和否定说。从司法实践上看，利用单位信用卡犯罪的近年来已屡见不鲜，利用单位信用卡大肆恶意透支银行资金，又无力偿还的，因为法律没有明文规定单位可以成为信用卡诈骗罪的犯罪主体，最终不了了之，给国家造成重大损失。因此单位应当成为本罪的主体，才符合本罪的立法精神。

(4) 本罪在主观方面表现为故意，并且一般均具有牟取非法利益的目的。即行为人有罪过（包括故意和过失）。就本罪来说表现为故意，并且具有非法占有他人资金的目的。过失不构成本罪。

### 3. 妨害信用卡管理罪的认定

(1) 本罪和诈骗罪的区别。本罪和诈骗罪都属于具有诈骗行为才能成立的犯罪，且在主观方面都要求有非法占有的目的。但是诈骗罪在犯罪构成要件方面要求一定的数额才构成刑事犯罪，而妨害信用卡管理罪并无数额方面的限制。

(2) 本罪和信用卡诈骗罪的区别。本罪和信用卡诈骗罪在主体、主观方面等都有相同之处。而且两个罪名的犯罪对象均是信用卡。但是本罪为行为犯，而信用卡诈骗罪为结果犯。而且两者的犯罪客观要件也不相同。

按照信用卡诈骗罪的规定，只有使用信用卡进行诈骗并达到一定金额才构成犯罪，即如果金额较小则不构成犯罪。但在妨害信用卡管理罪的规定中，并不一定要达到一定的金额，而只要有可以认定为妨害信用卡管理的事实发生，即可认定为犯罪。

(3) 注意本罪为选择性罪名，既包含妨害行为（持有、运输、出售、购买、非法提供、骗领）的选择，也包含对象（伪造的信用卡、他人信用卡）的选择，行为人只要实施一种行为侵害一种对象即可以成立本罪；行为人实施了两种以上行为，侵害两种对象的，仍为一罪，不实行并罚。

### 4. 妨害信用卡管理罪的处罚

依《刑法修正案（五）》第1条，犯妨害信用卡管理罪，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金；数量巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。

## 重点法条

第一百九十一条 明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的违法所得及其产生的收益，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金：

- （一）提供资金账户的；
- （二）协助将财产转换为现金或者金融票据的；
- （三）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；
- （四）协助将资金汇往境外的；



(五) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的来源和性质的。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处5年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处5年以上10年以下有期徒刑。

## 法条精解

洗钱罪是指明知是毒品、走私、黑社会性质、恐怖活动、贪污贿赂、破坏金融管理秩序、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益,掩饰、隐瞒其来源和性质的行为。

### 1. 七种上游犯罪

我国刑法对洗钱罪只限定为七种上游犯罪,它们分别为毒品、走私、黑社会性质、恐怖活动、贪污贿赂、破坏金融管理秩序、金融诈骗犯罪。

### 2. 主体

洗钱罪的主体可以是单位,不能包括实施七种上游犯罪的人,比如贩卖毒品之后自己洗钱,洗钱行为属于不可罚之后行为,不构成犯罪。

### 3. 客观表现

洗钱有五种行为模式:①提供资金账户;②协助将财产转为现金或金融票据;③通过转账、结算协助资金转移;④协助将资金汇往境外;⑤以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的来源和性质的。

### 4. 与上游犯罪共同犯罪的区别

如果事前有通谋的,为上游犯罪人实施洗钱的,应当按照共同犯罪处罚;事前无通谋的,虽然在事后知道了其来源的非法性,不构成共同犯罪,而应当按照洗钱罪的规定定罪处罚。

## 真题示例

(2009-2-54) 关于刑事责任的追究,下列哪些选项是正确的?

- A. 甲非法从事资金支付结算业务,构成非法吸收公众存款罪
- B. 乙采取欺骗手段进行虚假纳税申报,逃避缴纳税款1000万元,但经税务机关依法下达追缴通知后,补缴了应纳税款。即便乙拒绝缴纳滞纳金,也不应当再对其追究刑事责任
- C. 丙明知赵某实施高利转贷行为获利200万元,而为其提供资金账户的,构成洗钱罪
- D. 丁组织多名男性卖淫,由于《刑法》第三百五十八条并未限定组织卖淫罪中的被组织者是妇女,对丁应当追究刑事责任

答案:CD。

解析:本题考核刑事责任的追究。根据《刑法》第225条规定可知,“非法从事资金支付结算业务”属于非法经营罪中非法经营行为的表现方式之一,故A项中的行为应构成非法经营罪,而非是吸收公众存款罪。因此,A项错误。《刑法修正案(七)》修正后,《刑法》第201条第4款变为:有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。B项中乙虽然补缴了应纳税款,但是拒绝缴纳滞纳金,不满足法定的不追究刑事责任的条件。因此,B项说法错误。根据洗钱罪的构成可知C项说法正确。卖淫是指非法的性交易,既包括异性之间的性交易,也包括同性之间的性交易。只要以交付一定金钱获取他/她人的性服务,就应当视为卖淫。故D项说法正确。

## 重点法条

第一百九十三条 有下列情形之一,以非法占有为目的,诈骗银行或者其他金融机构的贷款,数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产:

- (一) 编造引进资金、项目等虚假理由的;
- (二) 使用虚假的经济合同的;
- (三) 使用虚假的证明文件的;
- (四) 使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的;
- (五) 以其他方法诈骗贷款的。



## 法条精解

贷款诈骗罪是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取银行或其他金融机构的贷款，数额较大的行为。

1. 客观表现。编造引进资金、项目等虚假理由；使用虚假的经济合同；使用虚假证明文件；使用虚假的产权证明作担保或超出抵押物价值重复担保；以其他方法诈骗贷款。

2. 主观方面。本罪是故意犯罪，而且必须有非法占有贷款的目的。

3. 单位骗贷。对于单位实施的贷款诈骗行为，不能以贷款诈骗罪定罪处罚，也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。但是，在司法实践中，对于单位十分明显地以非法占有为目的，利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款，符合刑法第224条规定的合同诈骗罪构成要件的，应当以合同诈骗罪定罪处罚。

4. 与骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的区别。骗取贷款、票据承兑、金融票证罪是《刑法修正案(六)》规定的一个新罪，它是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。此罪与贷款诈骗罪最大的区别在于是否有“非法占有”的目的，如果采用欺骗手段骗取银行贷款，主观上想归还，但客观上无法归还，给银行造成重大损失的，不构成贷款诈骗罪。

## 真题示例

(2007-2-11) 关于贷款诈骗罪的判断，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲以欺骗手段骗取银行贷款，给银行造成重大损失的，构成贷款诈骗罪
- B. 乙以牟利为目的套取银行信贷资金，转贷给某企业，从中赚取巨额利益的，构成贷款诈骗罪
- C. 丙公司以非法占有为目的，编造虚假的项目骗取银行贷款。该公司构成贷款诈骗罪
- D. 丁使用虚假的证明文件，骗取银行贷款后携款潜逃的，构成贷款诈骗罪

答案：D。

解析：贷款诈骗罪是指以非法占有为目的，编造引进资金、项目等虚假理由，使用虚假的经济合同、使用虚假的证明文件、使用虚假的产权证明作担保、超出抵押物价值重复担保或者以其他方法，诈骗银行或者其他金融机构的贷款、数额较大的行为。A项中甲没有明确以非法占有为目的，并不构成贷款诈骗罪。B项中乙的行为明显构成高利转贷罪，所谓高利转贷罪是指违反国家规定，以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。故此B也是错误的。根据刑法第30条和第193条的规定，单位不构成贷款诈骗罪。所以C项是错误的。D项丁有使用虚假证明文件骗取银行贷款的行为，故丁构成贷款诈骗罪，所以D项是正确的。

## 重点法条

第一百九十四条 有下列情形之一，进行金融票据诈骗活动，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：

- (一) 明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用的；
  - (二) 明知是作废的汇票、本票、支票而使用的；
  - (三) 冒用他人的汇票、本票、支票的；
  - (四) 签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物的；
  - (五) 汇票、本票的出票人签发无资金保证的汇票、本票或者在出票时作虚假记载，骗取财物的。
- 使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的，依照前款的规定处罚。

## 法条精解

票据诈骗罪是指以非法占有为目的，采取了票据诈骗的行为。票据诈骗的行为包括5种行为方式：①明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用的；②明知是作废的汇票、本票、支票而使用的；③冒用他人的汇票、本票、支票的；④签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物的；⑤汇票、



本票的出票人签发无资金保证的汇票、本票或者在出票时作虚假记载，骗取财物的。

## 真题示例

(2003-2-7) 钱某持盗来的身份证及伪造的空头支票，骗取某音像中心 VCD 光盘 4000 张，票面金额 3.5 万元。物价部门进行赃物估价鉴定的结论为：“盗版光盘无价值”。对钱某骗取光盘的行为应如何定性？

- A. 钱某的行为不构成犯罪
- B. 钱某的行为构成票据诈骗罪的既遂，数额按票面金额计算
- C. 钱某的行为构成票据诈骗罪的未遂
- D. 钱某的行为构成诈骗罪的既遂，数额按票面金额计算

答案：B。

**解析：**票据诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，利用金融票据进行诈骗活动，数额较大的行为。钱某以签发空头支票的方式骗取财物的，符合票据诈骗罪构成的客观方面。因为票据诈骗罪和诈骗罪之间是特殊条款与普通条款的法条竞合关系，根据特殊条款优于普通条款的原则，钱某的行为不可能被认定为诈骗罪，只可能认定为票据诈骗罪。故 D 选项排除。至于行为人最终骗得的是盗版光盘，不影响本罪的成立与既遂。故选 B。

## 重点法条

第一百九十六条 有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：

- (一) 使用伪造的信用卡，或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；
- (二) 使用作废的信用卡的；
- (三) 冒用他人信用卡的；
- (四) 恶意透支的。

前款所称恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。

盗窃信用卡并使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第一百九十五条 有下列情形之一，进行信用证诈骗活动的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：

- (一) 使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的；
- (二) 使用作废的信用证的；
- (三) 骗取信用证的；
- (四) 以其他方法进行信用证诈骗活动的。

## 法条精解

信用卡诈骗罪是指以非法占有为目的，利用信用卡骗取财物，数额较大的行为。

### 1. 犯罪对象

根据立法解释，信用卡是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡，因此它既包括可以透支的信用卡，也包括不能透支的借记卡。

### 2. 行为方式

信用卡诈骗的行为方式有五种：

- (1) 使用伪造的或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；





(2) 使用作废的信用卡;

(3) 冒用他人的信用卡;

(4) 恶意透支的(恶意透支,是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还的行为)

### 3. 信用卡诈骗罪与诈骗罪的区别

信用卡诈骗罪是诈骗罪的一种特殊类型,而在诈骗罪中,被害人陷入认识错误是一个必备要素,机器不能被骗,因此信用卡诈骗要区分机器和人,如果对机器(自动提款机、电话等)行骗,只能成立盗窃罪,而不能构成信用卡诈骗罪。当然,如果法律有特别规定,则按照法律的特别规定。

### 4. 盗窃信用卡并使用的

《刑法》第196条规定:盗窃信用卡并使用的,依照本法第264条的规定(盗窃罪)定罪处罚。由于存在法律的特别规定,因此盗窃信用卡后使用的,无须区分对机器还是对人,一律以盗窃罪定罪。

### 5. 抢劫信用卡并使用的

《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第6条规定:抢劫信用卡后使用、消费的,其实际使用、消费的数额为抢劫数额;抢劫信用卡后未实际使用、消费的,不计数额,根据情节轻重量刑。所抢信用卡数额巨大,但未实际使用、消费或者实际使用、消费的数额未达到巨大标准的,不适用“抢劫数额巨大”的法定刑。根据这个解释,抢劫信用卡无论是否使用,都可构成抢劫罪,另外如果事后使用的,也无须再区分对机器和对人使用,而应直接以抢劫罪定罪。

### 6. 抢夺、骗取、拾捡信用卡并使用的

对于这些行为,法律和司法解释并未有特别规定,因此需要区分对机器使用和对人使用,如果是前者,成立盗窃罪,如果是后者,成立信用卡诈骗罪,如果两者都有,则应数罪并罚。

### 7. 与妨害信用卡管理罪,窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的区别

刑法修正案(五)增加了两个新罪,分别是妨害信用卡管理罪,窃取、收买、非法提供信用卡信息罪,这两个罪其实是将信用卡诈骗罪或伪造金融票证罪的预备行为和帮助行为独立成罪。当然如果构成妨害信用卡管理罪,又构成信用卡诈骗罪,则属于吸收犯,非实行行为为实行行为所吸收。

### 8. 信用证诈骗罪

这是金融诈骗罪中唯一一个行为犯,其行为方式包括:①使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的;②使用作废的信用证的;③骗取信用证的;④以其他方法进行信用证诈骗活动的。

## 真题示例

(2008-2-58)某日,甲醉酒驾车将行人乙撞死,急忙将尸体运到X地掩埋。10天后,甲得知某单位要在X地施工,因担心乙的尸体被人发现,便将乙的尸体从X地转移至Y地。在转移尸体时,甲无意中发现了乙的身份证和信用卡。此后,甲持乙的身份证和信用卡,从银行柜台将乙的信用卡中的5万元转入自己的信用卡,并以乙的身份证办理入网手续并使用移动电话,造成电信资费损失8000余元。甲的行为构成何罪?

A. 交通肇事罪

B. 侵占罪

C. 信用卡诈骗罪

D. 诈骗罪

答案:ACD。

解析:根据《刑法》第133条规定,甲醉酒驾车违反交通运输管理法规,同时将行人乙撞死的行为构成交通肇事罪。因此,A项说法正确,应选。甲用乙的身份证和信用卡,用乙的名义从银行柜台将乙的信用卡中的5万元转入自己的信用卡,并以乙的身份证办理入网手续并使用移动电话,造成电信资费损失8000余元的行为,属于《刑法》第196条第3项规定中的冒用他人信用卡的情况,因此,甲构成信用卡诈骗罪,信用卡诈骗罪与诈骗罪属于特殊与一般的关系,因此,此处属于法条竞合关系,甲同时也可以构成诈骗罪。因此,本题的正确答案是A、C、D。

## 重点法条

第一百九十八条 有下列情形之一,进行保险诈骗活动,数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处一万元以上十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处二万元以上二十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑,并处二



万元以上二十万元以下罚金或者没收财产：

- (一) 投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；
- (二) 投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的；
- (三) 投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；
- (四) 投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；
- (五) 投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。

有前款第四项、第五项所列行为，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

单位犯第一款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑。

保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。

### 法条精解

保险诈骗罪是指以非法占有为目的，进行保险诈骗活动，骗取保险金，数额较大的行为。

1. 犯罪主体：本罪是特殊主体，为投保人、被保险人、受益人。其他人不能单独成立此罪，但可构成本罪的共同犯罪。若主体是保险方人员，则分别定职务侵占罪或贪污罪。

2. 行为方式：①投保人故意虚构保险标的，骗取保险金；②投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金；③投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金；④投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金；⑤投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金。

3. 其他问题：

(1) 投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，同时构成其他犯罪的，如放火罪、故意伤害罪、故意杀人罪等，依照数罪并罚的规定处罚。

(2) 保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗罪的共犯论处，不构成提供虚假证明文件罪。

(3) 保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有，以职务侵占罪定罪处罚。国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有公司从事公务的人员实施上述行为的，以贪污罪定罪处罚。

### 真题示例

(2009-2-15) 甲将自己的汽车藏匿，以汽车被盗为由向保险公司索赔。保险公司认为该案存有疑点，随即报警。在掌握充分证据后，侦查机关安排保险公司向甲“理赔”。甲到保险公司二楼财务室领取 20 万元赔偿金后，刚走到一楼即被守候的多名侦查人员抓获。关于甲的行为，下列哪一选项是正确的？

- A. 保险诈骗罪未遂
- B. 保险诈骗罪既遂
- C. 保险诈骗罪预备
- D. 合同诈骗罪

答案：A。

解析：本题考核保险诈骗罪犯罪既遂的认定。《最高人民检察院关于保险诈骗罪的未遂犯能否按犯罪处理问题的答复》规定：行为人已经着手实施保险诈骗行为，但由于意志以外的原因未能获得保险赔偿的，是诈骗未遂，情节严重的，应依法追究刑事责任。本题中，甲的保险诈骗行为已经着手实施，其领取赔偿金后刚走到一楼即被抓获，属于由于意志以外的原因未能获得保险赔偿，应认定为保险诈骗罪未遂。

### 重点法条

第二百零一条 纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，依照前款的规定处罚。



对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。

有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，5年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予2次以上行政处罚的除外。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百零二条 以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金。

#### 《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第五条 实施抗税行为具有下列情形之一的，属于刑法第二百零二条规定的“情节严重”：

- (一) 聚众抗税的首要分子；
- (二) 抗税数额在十万元以上的；
- (三) 多次抗税的；
- (四) 故意伤害致人轻伤的；
- (五) 具有其他严重情节。

第六条 实施抗税行为致人重伤、死亡，构成故意伤害罪、故意杀人罪的，分别依照刑法第二百三十四条第二款、第二百三十二条的规定定罪处罚。

### 法条精解

#### 1. 逃税罪的概念和特征

逃税罪是指纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大的行为。

逃税罪的构成特征：

(1) 客观方面一般表现为以下几种行为：①伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证。这种行为使征收税款失去了直接依据或真实依据。②在账簿上多列支出或者不列、少列收入。这种行为使税额减少乃至免除。③经税务机关通知申报而拒不申报，即拒绝按税务机关的通知申报纳税。根据司法解释，具有下列情形之一的，应当认定为“经税务机关通知申报”：其一，纳税人、扣缴义务人已经依法办理税务登记或者扣缴税款登记的；其二，依法不需要办理税务登记的纳税人，经税务机关依法书面通知其申报的；其三，尚未依法办理税务登记、扣缴税款登记的纳税人、扣缴义务人，经税务机关依法书面通知其申报的。④进行虚假的纳税申报，即纳税人或者扣缴义务人向税务机关报送虚假的纳税申报表、财务报表、代扣代缴、代收代缴税款报告表或者其他纳税申报资料，如提供虚假申请，编造减税、免税、抵税、先征收后退还税款等虚假资料等。⑤缴纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取所缴纳的税款。

(2) 本罪主体是纳税人与扣缴义务人。纳税人是指法律、行政法规规定的负有纳税义务的单位或者个人；扣缴义务人是指法律、行政法规规定的负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位或者个人。因此，逃税罪的主体既可以是自然人，也可以是单位。

(3) 本罪的主观方面只能是故意，过失行为导致不缴或者少缴税款的，不成立本罪。

#### 2. 逃税罪的认定

(1) 成立逃税罪要求具有下述严重情节：一是逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额10%以上的；二是5年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚。

(2) 逃税罪出罪条款：《刑法》第201条第4款规定：具有前一情节的，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任。

(3) 如何区分偷税与漏税？漏税，是指纳税单位或者个人属于无意识而发生的漏缴或少缴税款的行为。如由于不了解、不熟悉税法规定和财务制度或因工作粗心大意，错用税率、漏报应税项目，不计应税数量、销售金额和经营利润等。漏税行为不构成犯罪，它与偷税的区别主要表现在两个方面：①偷税行为只能是故意实施的，而且具有不缴或者少缴税款的目的；而漏税不是故意实施的，不具有不缴或者少缴税款的目的。②偷税行为表现为采取欺骗性、逃避性的非法手段不缴或者少缴税款；而漏税行为并没有采取这种非法手段。前者是区分偷税与漏税的关键，至于行为人主观上是否出于故意，则要根据案件的全部情节进行认定，特别要联系手段是否具有欺骗性、逃避性来认定。

(4) 对多次实施偷税行为，未经处理的，按照累计数额计算。根据司法解释，“未经处理”，是指纳税



人或者扣缴义务人在5年内多次实施偷税行为，但每次偷税数额均未达到《刑法》第201条规定的构成犯罪的数额标准，且未受行政处罚的情形。

(5) 共同犯罪。税务人员利用职务便利，索取纳税人（自然人、法人）财物的，或者非法收受纳税人财物为纳税人谋取利益的，以受贿罪论处；非法所得虽未达到追究受贿罪的数额标准，但情节较重的，也应以受贿罪论处。税务人员与纳税人相互勾结，共同实施偷税行为，情节严重的，以偷税共犯论处，从重处罚。

(6) 使用、伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，不缴或少缴应纳的车辆购置税、车辆使用税，偷税数额占应纳税款10%以上，且偷税金额在1万元以上的，以逃税罪定罪处罚。

### 3. 逃税罪的刑事责任

逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额10%以上的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额30%以上的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，5年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。

## 重点法条

第二百零四条 以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

纳税人缴纳税款后，采取前款规定的欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，依照本法第二百零一条的规定定罪处罚；骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照前款的规定处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百零三条 纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额在1万元以上不满10万元的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金；数额在10万元以上的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金。

第二百一十二条 犯本节第二百零一条至第二百零五条规定之罪，被处罚金、没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。

#### 《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 刑法第二百零四条规定的“假报出口”，是指以虚构已税货物出口事实为目的，具有下列情形之一的行为：

- (一) 伪造或者签订虚假的买卖合同；
- (二) 以伪造、变造或者其他非法手段取得出口货物报关单、出口收汇核销单、出口货物专用缴款书等有关出口退税单据、凭证；
- (三) 虚开、伪造、非法购买增值税专用发票或者其他可以用于出口退税的发票；
- (四) 其他虚构已税货物出口事实的行为。

第二条 具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百零四条规定的“其他欺骗手段”：

- (一) 骗取出口货物退税资格的；
- (二) 将未纳税或者免税货物作为已税货物出口的；
- (三) 虽有货物出口，但虚构该出口货物的品名、数量、单价等要素，骗取未实际纳税部分出口退税款的；
- (四) 以其他手段骗取出口退税款的。

第三条 骗取国家出口退税款5万元以上的，为刑法第二百零四条规定的“数额较大”；骗取国家出口退税款50万元以上的，为刑法第二百零四条规定的“数额巨大”；骗取国家出口退税款250万元以上的，为刑法第二百零四条规定的“数额特别巨大”。





1. 骗取出口退税罪，是指以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

2. 本罪客观方面表现为采取对所生产或者经营的商品假报出口等欺骗手段，骗取国家数额较大的出口退税款。假报出口主要表现为，将不退税商品假报为退税商品，将没有出口的商品假报为出口商品，虚报出口商品的数量或价格。本罪主体既可以是自然人，也可以是单位。本罪主观方面只能是故意，行为人明知自己的行为会骗取国家出口退税款，而故意实施该行为，其目的在于不法占有国家出口退税款。

3. 骗取出口退税罪，只有在没有缴纳税款的情况下才可能成立。纳税人缴纳税款后，采取假报出口等欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，成立逃税罪。对于骗取税款超过所缴纳的税款部分，则应认定为骗取出口退税罪，与逃税罪实行并罚。

4. 刑事责任：根据刑法第204条的规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。在执行罚金前，应当由税务机关追缴骗取的出口退税款。

5. 税务机关追缴税款优先原则。涉税案件，被处罚金、没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。

### 真题示例

(2008-2-59) 关于骗取出口退税罪和虚开增值税发票罪的说法，下列哪些选项是正确的？

A. 甲公司具有进出口经营权，明知他人意欲骗取国家出口退税款，仍违反国家规定允许他人自带客户、自带货源、自带汇票并自行报关，骗取国家出口退税款。对甲公司应以骗取出口退税罪论处

B. 乙公司虚开用于骗取出口退税的发票，并利用该虚开的发票骗取数额巨大的出口退税，其行为构成虚开用于骗取出口退税发票罪与骗取出口退税罪，实行数罪并罚

C. 丙公司缴纳200万元税款后，以假报出口的手段，一次性骗取国家出口退税款400万元，丙公司的行为分别构成偷税罪与骗取出口退税罪，实行数罪并罚

D. 丁公司虚开增值税专用发票并骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失。对丁公司应当以虚开增值税专用发票罪论处

答案：ACD。

解析：根据《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条和《刑法》第204条第1款规定，A、D项的说法正确，应选。根据《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定，B项说法错误，不选。根据《刑法》第204条第2款规定，C项说法正确，应选C。

### 重点法条

第二百一十三条 未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

#### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十三条规定的“情节严重”，应当以假冒注册商标罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：

- (一) 非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上的；
- (二) 假冒两种以上注册商标，非法经营数额在三万元以上或者违法所得数额在二万元以上的；
- (三) 其他情节严重的情形。

具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十三条规定的“情节特别严重”，应当以假冒注册商标罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：





- (一) 非法经营数额在二十五万元以上或者违法所得数额在十五万元以上的;
- (二) 假冒两种以上注册商标,非法经营数额在十五万元以上或者违法所得数额在十万元以上的;
- (三) 其他情节特别严重的情形。

第八条 刑法第二百一十三条规定的“相同的商标”,是指与被假冒的注册商标完全相同,或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。

刑法第二百一十三条规定的“使用”,是指将注册商标或者假冒的注册商标用于商品、商品包装或者容器以及产品说明书、商品交易文书,或者将注册商标或者假冒的注册商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动等行为。

第十二条 本解释所称“非法经营数额”,是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值,按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值,按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格,按照被侵权产品的市场中间价格计算。

多次实施侵犯知识产权行为,未经行政处理或者刑事处罚的,非法经营数额、违法所得数额或者销售金额累计计算。

本解释第三条所规定的“件”,是指标有完整商标图样的一份标识。

第十三条 实施刑法第二百一十三条规定的假冒注册商标犯罪,又销售该假冒注册商标的商品,构成犯罪的,应当依照刑法第二百一十三条的规定,以假冒注册商标罪定罪处罚。实施刑法第二百一十三条规定的假冒注册商标犯罪,又销售明知是他人的假冒注册商标的商品,构成犯罪的,应当实行数罪并罚。

第十六条 明知他人实施侵犯知识产权犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、储存、代理进出口等便利条件、帮助的,以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。

## 法条精解

### 1. 假冒注册商标罪的概念与特征

假冒注册商标罪,是指未经注册商标所有人的许可其注册商标相同的商标,情节严重的行为。假冒注册商标罪的构成特征:

(1) 本罪的客观方面表现为,未经商标所有人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标。

① 行为人必须在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标。一方面,行为人使用商标的商品与注册商标的商品必须属于同一种商品;另一方面,行为人所使用的商标与他人的注册商标相同。

② 行为人使用与他人注册商标相同的商标,未经注册商标所有人许可。《商标法》第40条第2款规定:“经许可使用他人注册商标的,必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。”实践中有的被许可人使用他人注册商标,却不在商品上标明被许可人的名称和商品产地。这种行为违反了《商标法》,也会侵犯消费者的合法权益。但既然使用注册商标本身得到了被注册商标所有人的许可,就不能构成假冒注册商标罪。

(2) 本罪主体既可以是已满16周岁,具有辨认控制能力的自然人,也可以是单位。

(3) 本罪的主观要件是故意。故意的内容表现为,认识到自己使用的商标与他人已经注册的商标相同,认识到自己的行为未经注册商标所有人许可,但有意在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标。

(4) 构成假冒注册商标罪除了必须符合上述三个要件外,还要求“情节严重”。根据司法实践,具有下列情形之一的,应当追诉:①个人假冒他人注册商标,非法经营数额在10万元以上的;②单位假冒他人注册商标,非法经营数额在50万元以上的;③假冒他人驰名商标或者人用药品商标的;④虽未达到上述数额标准,但因假冒他人注册商标,受过行政处罚2次以上,又假冒他人注册商标的;⑤造成恶劣影响的。

### 2. 假冒注册商标罪的认定

(1) 区分罪与非罪的界限。①擅自在类似商品上使用与他人注册商标相同或者相似的商标的,以及在同一种商品上使用与他人注册商标相似的商标的行为,不构成假冒注册商标罪。②未经注册的商标,在不侵犯他人注册商标专用权的前提下,虽然可以使用,但不受法律保护,也不能取得商标专用权。因此,假冒他人没有注册的商标的,不可能构成假冒注册商标罪。③《反不正当竞争法》第5条第2款至第4款规定了以下与假冒注册商标相关的不正当竞争行为:“擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品”;

“擅自使用他人的企业名称或者姓名，使人误认为是他人的商品”；“在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示”。这三类行为虽然都是不正当竞争行为，但不是假冒注册商标的行为，故不构成假冒注册商标罪。

(2) 认定假冒注册商标罪，还应正确处理本罪与以假冒注册商标方式生产、销售伪劣商品犯罪的关系。对以假冒注册商标方式生产、销售伪劣商品的行为性质，人们会有不同的认识：有人认为该行为为牵连犯，因为假冒注册商标是生产、销售伪劣商品的手段行为；有人认为这是一种法条竞合；有人认为属于一行为触犯数罪名的想象竞合犯。但这三种观点都肯定只能以一罪论处。因为对牵连犯一般是从一重处断，只是在法律有明文规定的情况下，才实行数罪并罚，而刑法并没有明文规定实行并罚；对想象竞合犯也应以一罪论处；认为是法条竞合时，理所当然只能选择一个法条，而不能实行数罪并罚。

### 3. 假冒注册商标罪的刑事责任

根据《刑法》第213条和第220条的规定，犯假冒注册商标罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

## 重点法条

第二百一十七条 以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：

(一) 未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；

(二) 出版他人享有专有出版权的图书的；

(三) 未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；

(四) 制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百一十八条 以营利为目的，销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

#### 《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第四条 以营利为目的，实施刑法第二百一十八条规定的行为，个人违法所得数额在十万元以上，单位违法所得数额在五十万元以上的，依照刑法第二百一十八条的规定，以销售侵权复制品罪定罪处罚。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第三条 刑法第二百一十七条第(一)项中规定的“复制发行”是指行为人以营利为目的，未经著作权人许可而实施的复制、发行或者既复制又发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为。

第五条 实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权行为，又销售该侵权复制品，违法所得数额巨大的，只定侵犯著作权罪，不实行数罪并罚。

实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权的犯罪行为，又明知是他人的侵权复制品而予以销售，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

第六条 以营利为目的，实施刑法第二百一十八条规定的行为，违法所得数额在十万元以上的，属于“违法所得数额巨大”，应当以销售侵权复制品罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十一条 以刊登收费广告等方式直接或者间接收取费用的情形，属于刑法第二百一十七条规定的“以营利为目的”。

刑法第二百一十七条规定的“未经著作权人许可”，是指没有得到著作权人授权或者伪造、涂改著作权人授权许可文件或者超出授权许可范围的情形。通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为刑法第二百一十七条规定的“复制发行”。

第十四条 实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权犯罪，又销售该侵权复制品，构成犯罪的，应当依照刑法第二百一十七条的规定，以侵犯著作权罪定罪处罚。





实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权犯罪，又销售明知是他人的侵权复制品，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

## 法条精解

### 1. 侵犯著作权罪的概念与特征

侵犯著作权罪，是指以营利为目的，违反著作权法的规定，侵犯他人著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。

侵犯著作权罪的构成特征：

(1) 本罪客观行为表现为违反著作权法的规定，侵犯了他人著作权。《著作权法》规定了多种侵犯他人著作权的表现形式，但《刑法》第217条仅规定了以下4种行为可以成立侵犯著作权罪：①未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品。根据司法解释，复制发行包括复制、发行或者既复制又发行的行为。侵权产品的持有人通过广告、征订等方式推销侵权产品的，属于“发行”。通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为“复制发行”。②出版他人享有专有出版权的图书。③未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像。录音录像制作者，是指录音录像制品的首次制作人。④制作、出售假冒他人署名的美术作品。

(2) 本罪主体既可以是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人，也可以是单位。出版单位与他人事前通谋，向其出售、出租或者以其他形式转让该出版单位的名称、书号、刊号、版号，他人实施侵犯著作权行为，构成犯罪的，对该出版单位应当以共犯论处。

(3) 本罪主观方面只能是故意，行为人明知自己的行为侵犯他人著作权，而故意实施。行为人主观上还必须具有营利目的，如果出于教学、研究等非营利目的复制他人作品，则不属于侵犯著作权的行为。根据司法解释，以刊登收费广告等方式直接或者间接受取费用的情形，属于“以营利为目的”。

(4) 成立本罪还要求违法所得数额较大或者有其他严重情节。根据《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，实施《刑法》第217条所列侵犯著作权行为之一，个人违法所得数额在5万元以上，单位违法所得数额在20万元以上的，属于“违法所得数额较大”。“违法所得数额”，是指获利数额。具有下列情形之一的，属于“有其他严重情节”：①因侵犯著作权曾经2次以上被追究行政责任或者民事责任，2年内又实施侵犯著作权行为之一的；②个人非法经营数额在20万元以上，单位非法经营数额在100万元以上的；③造成其他严重后果的。“经营数额”，是指以侵权复制品的定价数额乘以行为人经营的侵权复制品数量所得的数额。侵权复制品没有定价或者以境外货币定价的，其单价数额应当按照行为人实际出售的价格认定。

### 2. 侵犯著作权与合理使用他人作品的界限

根据《著作权法》的规定，在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬（但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利），因此不成立侵犯著作权罪：①为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；②为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；③为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；④报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；⑤报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；⑥为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；⑦国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；⑧图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；⑨免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；⑩对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；⑪将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；⑫将已经发表的作品改成盲文出版。

### 3. 侵犯著作权罪的刑事责任

根据《刑法》第217条和第220条的规定，犯侵犯著作权罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。





单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。根据前述司法解释，以营利为目的，实施侵犯著作权行为之一，个人违法所得数额在20万元以上，单位违法所得数额在100万元以上的，属于“违法所得数额巨大”；具有下列情形之一的，属于“有其他特别严重情节”：①个人非法经营数额在100万元以上，单位非法经营数额在500万元以上的；②造成其他特别严重后果的。

### 真题示例

(2009-2-14) 赵某多次临摹某著名国画大师的一幅名画，然后署上该国画大师姓名并加盖伪造印鉴，谎称真迹售出收入六万元。对赵某的行为如何定罪处罚？

- A. 按诈骗罪和侵犯著作权罪，数罪并罚
- B. 按侵犯著作权罪处罚
- C. 按生产、销售伪劣产品罪处罚
- D. 按非法经营罪处罚

答案：B。

解析：本题考核侵犯著作权罪的认定。根据《刑法》第217条规定，赵某的行为属于其第4种情形，按侵犯著作权罪处罚，故B项正确。

### 重点法条

第二百一十九条 有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：

(一) 以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；

(二) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；

(三) 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

#### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第七条 实施刑法第二百一十九条规定的行为之一，给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上的，属于“给商业秘密的权利人造成重大损失”，应当以侵犯商业秘密罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

给商业秘密的权利人造成损失数额在二百五十万元以上的，属于刑法第二百一十九条规定的“造成特别严重后果”，应当以侵犯商业秘密罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

### 法条精解

#### 1. 侵犯商业秘密罪的概念与特征

侵犯商业秘密罪，是指以盗窃、利诱、胁迫、披露、擅自使用等不正当手段，侵犯商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。侵犯商业秘密罪的犯罪构成如下：

(1) 客观上实施了侵犯商业秘密的行为，并且给权利人造成了重大损失。

① 行为对象为商业秘密。商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。据此，商业秘密具有以下特点：其一，商业秘密是一种技术信息与经营信息。其二，商业秘密是不为公众所知悉的事项，即必须是仅限于一定范围内的人知悉的事项。其三，商业秘密能为权利人带来经济利益。其四，商业秘密具有实用性，即具有直接的、现实的使用价值，权利人能够将商业秘密直接运用于生产、经营活动。其五，商业秘密经权利人采取了保密措施。

② 实施了侵犯商业秘密的行为。侵犯商业秘密的行为表现为以下几种情况：其一，以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密。其二，披露、使用或者允许他人使用以上述第一种手段获取的权利人的商业秘密。这是上述第一种行为的继续。披露，是指将其非法获得的商业秘密告知权





利人的竞争对手或其他人，或者将商业秘密内容公布于众；使用，是指将自己非法获取的商业秘密用于生产或者经营；允许他人使用，是指允许他人将自己获得的商业秘密用于生产或者经营，包括有偿与无偿两种情况。其三，违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。这是指合法知悉商业秘密内容的人披露、使用或者允许他人使用商业秘密的行为。其四，明知或应知前述第一种至第三种违法行为，而获取、使用或者披露他人商业秘密。这是间接侵犯商业秘密的行为，即第三者明知或者应知向其传授商业秘密的人具有上述违法行为，但获取、使用或者披露他人的商业秘密。

③ 给权利人造成了重大损失。这里的重大损失，是指经济方面的重大损失，包括减少盈利、增加亏损、引起破产、在竞争中处于不利地位等等。根据司法实践，给商业秘密权利人造成直接经济损失数额在 50 万元以上的，致使权利人破产或者造成其他严重后果的，应当追诉。

(2) 主体既可以是自然人，也可以是单位。其中，实施第一种和第二种行为的人，是无权知悉商业秘密内容的人；实施第三种行为的人，是已经合法知悉他人商业秘密内容的人；实施第四种行为的人可谓第三人。

(3) 犯罪主观方面原则上为故意，实施上述第一种至第三种行为的，显然只能是故意，行为人明知自己的行为侵犯了他人商业秘密，会给权利人造成重大损失，并且希望或者放任这种结果发生。实施上述第四种行为时，如果行为人“明知”他人是非法获取、披露、使用、允许他人使用商业秘密，但仍然获取、使用或者披露该商业秘密的，则属于故意犯罪；如果只是“应知”，则应认为是一种过失犯罪。

## 2. 侵犯商业秘密罪与相关犯罪的区别

侵犯商业秘密罪与假冒注册商标罪、假冒专利罪、侵犯著作权罪有相似之处，都侵犯了知识产权，主要区别在于：首先，本罪侵犯的是商业秘密；而其他犯罪侵犯的是商标权、专利权与著作权。其次，本罪行为主要表现为以不法手段获取商业秘密，或者非法披露、使用或允许他人使用商业秘密；而其他犯罪主要表现为假冒行为。对于以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取他人商业秘密，然后使用该商业秘密制造产品并假冒他人注册商标的，原则上应以数罪论处。对于单纯非法使用他人商业秘密制造产品并假冒他人注册商标的，应认定为一行为触犯了数罪名，以一个重罪论处。

## 3. 侵犯商业秘密罪的刑事责任

根据《刑法》第 219 条与第 220 条的规定，犯侵犯商业秘密罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

## 4. 罪数问题

(1) 盗窃技术成果等商业秘密的，按照侵犯商业秘密罪定罪处罚，不再定盗窃罪。

(2) 通过盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取他人商业秘密，又使用该商业秘密并假冒他人专利等的，应数罪并罚。

(3) 单纯非法使用他人商业秘密制造产品并假冒他人专利等的，属于想象竞合犯，从一重罪定罪处罚。

(4) 公司、企业工作人员因为职务或者业务知悉本单位的商业秘密内容后，擅自将商业秘密出卖给他人，并将非法所得据为己有或者使第三者所有的，需要根据情节与主体身份，按照贪污罪或者职务侵占罪定罪处罚。

## 真题示例

(2004-2-52) 下列关于侵犯商业秘密罪的说法哪些是正确的？

- A. 窃取权利人的商业秘密，给其造成重大损失的，构成侵犯商业秘密罪
- B. 捡拾权利人的商业秘密资料而擅自披露，给其造成重大损失的，构成侵犯商业秘密罪
- C. 明知对方窃取他人的商业秘密而购买和使用，给权利人造成重大损失的，构成侵犯商业秘密罪
- D. 使用采取利诱手段获取权利人的商业秘密，给权利人造成重大损失的，构成侵犯商业秘密罪

答案：ACD。

解析：侵犯商业秘密罪的行为方式具体包括下述三种情形：①以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；②披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；③违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。明知或者应知以上所列三种行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

第二百二十二条 广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百二十一条 捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第五条 广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，假借预防、控制突发传染病疫情等灾害的名义，利用广告对所推销的商品或者服务作虚假宣传，致使多人上当受骗，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，依照刑法第二百二十二条的规定，以虚假广告罪定罪处罚。

### 法条精解

#### 1. 虚假广告罪的概念与特征

虚假广告罪，是指广告主、广告经营者、广告发布者，违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的行为。

(1) 本罪客观方面表现为违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传。违反国家规定，主要是指违反《广告法》及相关法律、法规的规定。作虚假宣传主要包括两种情况：一是对商品或者服务作夸大失实的宣传，即对生产、经销的产品质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地、来源等情况，或者对所提供的服务的质量规格、技术标准、价格等交易资料进行夸大、无中生有的与实际情况不符的宣传。二是对商品或者服务作语意含糊、令人误解的宣传，即通过措词的技巧、明示或者暗示、省略或者含糊的手段，使消费者对商品产生误解。

(2) 本罪主体是广告主、广告经营者、广告发布者。广告主，是指为推销商品或者提供服务，自行或者委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人；广告经营者，是指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人；广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。因此，本罪主体既可以是自然人，也可以是单位。

(3) 本罪主观方面必须是故意，即明知利用广告对商品或者服务作虚假宣传的行为会扰乱市场秩序，损害消费者的权益，并希望或者放任这种结果的发生。

(4) 成立本罪还要求情节严重。情节是否严重，应从作虚假广告的手段、动机、散布范围、次数、持续时间、社会影响、不良后果等方面进行综合判断。根据司法实践，具有下列情形之一的，应当追诉：①违法所得数额在10万元以上的；②给消费者造成的直接经济损失数额在50万元以上的；③虽未达到上述数额标准，但因利用广告作虚假宣传，受过行政处罚2次以上，又利用广告作虚假宣传的；④造成人身伤残或者其他严重后果的。

#### 2. 虚假广告罪的认定

(1) 正确区分虚假广告罪与非罪的界限。商品或者服务的广告，大多带有夸张性质，在此意义上说，广告或多或少都是夸大广告，消费者也都认识到了广告的夸大性质，故不能将具有夸大性质的广告都认定为虚假广告。一方面，只有当某种夸大广告超出了社会容忍的界限时，才能认定为虚假广告。另一方面，还要考察情节是否严重，对于虽作虚假广告，但情节并不严重的，不能认定为虚假广告罪。

(2) 正确区分虚假广告罪与损害商业信誉、商品声誉罪的界限。损害商业信誉、商品声誉的行为，也可能通过广告的形式实施，虚假广告行为也可能通过诋毁他人商品声誉来对自己的商品或者服务作虚假宣传。但是，损害商业信誉、商品声誉罪的基本特征，是捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉；虚假广告罪的基本特征，是利用广告对自己或者他人的商品、服务作虚假宣传。不排除行为同时触犯上述两个罪名的情况，在这种情况下，只能以一个重罪论处。但两者的法定刑完全相同，故“重罪”的确定只能以行为的基本性质与危害程度为依据。

(3) 正确处理虚假广告罪与生产、销售伪劣商品犯罪的关系。行为人可能利用广告对自己生产、销售的伪劣商品作虚假宣传，或者说利用广告生产、销售伪劣商品。在这种情况下，可以认为是行为的手段触





犯了其他罪名，只以一个重罪论处，即仅认定为生产、销售伪劣商品犯罪。

### 3. 虚假广告罪的刑事责任

根据《刑法》第222条与第231条的规定，犯虚假广告罪的，处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

## 重点法条

第二百二十四条 有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

- (一) 以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；
- (二) 以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；
- (三) 没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；
- (四) 收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；
- (五) 以其他方法骗取对方当事人财物的。

## 法条精解

### 1. 合同诈骗罪的概念与特征

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，使用欺诈手段，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

合同诈骗罪的构成特征：

(1) 客观方面表现为在签订、履行合同过程中，使用欺诈手段，骗取对方当事人数额较大的财物的行为。欺诈手段是指下列情形：①以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；②以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；③没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；④收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；⑤以其他方法骗取对方当事人财物的。实施上述行为之一，骗取对方当事人数额较大财物的，即可成立本罪。根据司法实践，个人诈骗公私财物，数额在5000元至2万元以上的，单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员以单位名义实施诈骗，诈骗所得归单位所有，数额在5万至20万元以上的，应当追诉。

(2) 主体既可以是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人，也可以是单位。

(3) 主观方面只能是故意。行为人对自己的行为造成扰乱市场秩序和侵害对方当事人财产的结果，持希望或者放任发生的态度。行为人主观上具有非法占有目的，即具有不法所有对方当事人财物的目的。

### 2. 合同诈骗罪的认定

(1) 正确区分合同诈骗罪与经济合同纠纷的界限。区分二者的关键在于是否具有非法占有对方当事人财物的目的。在判断行为人主观上是否具有非法占有的目的时，首先要考察行为人是否采取了刑法所规定的欺诈手段。其次要综合考虑其他情节，包括行为前、行为过程中以及行为后的各种情节。应注意的是，刑法规定合同诈骗罪的行为是“在签订、履行合同过程中”实施的，因此，行为人在签订合同时没有非法占有的目的，但在履行过程中产生了非法占有目的，进而实施诈骗行为，骗取对方当事人财物的，也应认定为合同诈骗罪。反之，在签订合同时具有不法所有目的，但在履行过程中由于某种原因而放弃非法占有目的，积极全部履行合同义务的，不宜认定为合同诈骗罪。

(2) 正确区分合同诈骗罪与普通诈骗罪的界限。区分合同诈骗罪与诈骗罪时，不能简单地以有无合同为标准。合同诈骗罪中的“合同”不限于书面合同，也包括口头合同，但就合同内容而言，宜限于经济合同，即合同的文字内容是通过市场行为获得利润，这是由本罪性质决定的。

(3) 正确处理合同诈骗罪与金融诈骗罪的关系。刑法规定的各种金融诈骗罪，大多也会利用经济合同的形式，如保险诈骗罪事实上利用了保险合同，贷款诈骗罪事实上利用了贷款合同。但由于刑法对金融诈骗罪作了特别规定，所以，凡是符合金融诈骗罪构成要件的，应以金融诈骗罪论处。如利用合同诈骗银行或者其他金融机构的贷款的，应认定为贷款诈骗罪。但是，金融诈骗罪中也有一些不需要利用合同的，如





票据诈骗罪，在这种情况下，不发生法条竞合问题。

### 3. 合同诈骗罪的刑事责任

根据《刑法》第224条与第231条的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

## 真题示例

(2005-2-16) 甲公司为了解决资金不足，以与虚构的单位签订供货合同的方法，向银行申请获得贷款200万元，并将该款用于购置造酒设备和原料，后因生产、销售假冒注册商标的红酒被查处，导致银行贷款不能归还。甲公司获取贷款的行为构成：

- A. 贷款诈骗罪
- B. 合同诈骗罪
- C. 集资诈骗罪
- D. 民事欺诈，不构成犯罪

答案：A（当年参考答案为B）。

解析：根据《刑法》第175条之一规定，本题中甲公司构成贷款诈骗罪。2006年的《刑法修正案（六）》颁布之前，我国刑法规定单位不能作为贷款诈骗罪的主体，所以此时出现的单位实施贷款诈骗的行为，要根据《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的规定解决。该纪要规定，对于单位实施的贷款诈骗行为，不能以贷款诈骗罪定罪处罚，也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。但是，在司法实践中，对于单位十分明显地以非法占有为目的，利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款，符合刑法第224条规定的合同诈骗罪构成要件的，应当以合同诈骗罪定罪处罚。所以当年司法考试给出的参考答案为B项。

## 重点法条

第二百二十五条 违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：

（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；

（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；

（三）未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；（第一修正案第8条增加此项）

（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

实施上述犯罪，同时构成刑法规定的其他犯罪，依照处罚较重的规定定罪处罚。

### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

6. 未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的，依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪处罚。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第六条 违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定，哄抬物价、牟取暴利，严重扰乱市场秩序，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪，依法从重处罚。

《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十一条 违反国家规定，出版、印刷、复制、发行本解释第一条至第十条规定以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物，情节严重的，依照刑法第二百二十五条第（三）项的规定，以非法经营罪定罪处罚。

第十二条 个人实施本解释第十一条规定的行为，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”：（一）经营数额在五万元至十万元以上的；（二）违法所得数额在二万元至三万元以上的；（三）经营



报纸五千份或者期刊五千本或者图书二千册或者音像制品、电子出版物五百张（盒）以上的。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 未取得药品生产、经营许可证件和批准文号，非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，扰乱药品市场秩序，情节严重的，依照刑法第二百二十五条、第（一）项的规定，以非法经营罪追究刑事责任。

第二条 在生产、销售的饲料中添加盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，或者销售明知是添加有该类药品的饲料，情节严重的，依照刑法第二百二十五条、第（四）项的规定，以非法经营罪追究刑事责任。

法条精解

1. 非法经营罪的概念与特征

非法经营罪，是指自然人或者单位，违反国家规定，故意从事非法经营活动扰乱市场秩序，情节严重的行为。

非法经营行为是指：①未经许可，经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品；②买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及法律、行政法规规定的其他经营许可证或者批准文件；③未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务或者非法从事资金支付结算业务；④其他严重扰乱市场经营的非法经营行为。

由于非法经营罪第4款的规定非常不明确，导致该罪成为一个名副其实的口袋罪，最高司法机关已通过司法解释将此罪扩张了数次，如非法出版物的经营行为、非法经营电信业务的行为，非法传销行为，生产，销售“瘦肉精”行为，非法经营食盐的行为，特定时期哄抬物价、谋取暴利的行为，擅自发行销售彩票的行为都属于非法经营行为。

2. 非法经营罪的认定

成立非法经营罪的前提，是违反国家规定，即违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

非法经营罪的前三种行为往往容易认定，难以认定的是“其他严重扰乱市场经营的非法经营行为”。根据近几年的立法与司法解释，对下列行为应认定为非法经营罪：

（1）根据《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第4条，在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇，扰乱市场秩序，情节严重的，以非法经营罪论处。根据《最高人民法院审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，具有下列情形之一的，按非法经营罪定罪处罚：①非法买卖外汇20万美元以上的；②违法所得5万元人民币以上的。

（2）根据《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，违反国家规定，出版、印刷、复制、发行严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物（构成《刑法》第103条、第105条、第217条、第218条、第246条、第250条、第363条、第364条规定之犯罪的除外），情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。个人实施上述行为，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”：①经营数额在5万元至10万元以上的；②违法所得数额在2万元至3万元以上的；③经营报纸5000份或者期刊5000本或者图书2000册或者音像制品、电子出版物500张（盒）以上的。单位实施上述行为，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”：①经营数额在15万元至30万元以上的；②违法所得数额在5万元至10万元以上的；③经营报纸15000份或者期刊15000本或者图书5000册或者音像制品、电子出版物1500张（盒）以上的。实施上述行为，经营数额、违法所得数额或者经营数量接近非法经营行为“情节严重”的数额、数量起点标准，并具有下列情形之一的，可以认定为非法经营行为“情节严重”：①2年内因出版、印刷、复制、发行非法出版物受过行政处罚2次以上的；②因出版、印刷、复制、发行非法出版物造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。

（3）根据《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》，违反国家规定，采取租用国际专线、私设转接设备或者其他方法，擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动，扰乱电信市场管理秩序，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。实施上述行为，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”：①经营去话业务数额在100万元以上的；②经营来话业务造成电信资费损失数额在100万元以上的。实施上述行为，经营数额或者造成电信资费损失数额接近非法



经营行为“情节严重”的数额起点标准，并具有下列情形之一的，可以认定为非法经营行为“情节严重”：

①2年内因非法经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务行为受过行政处罚2次以上的；②因非法经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务行为造成其他严重后果的。“经营去话业务数额”，是指以行为人非法经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务的总时长乘以行为人每分钟收取的用户使用费所得的数额。“电信资费损失数额”，是指以行为人非法经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务的总时长（分钟数）乘以在合法电信业务中我国应当得到的每分钟国际结算价格所得的数额。

（4）根据《最高人民法院关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复》，对于1998年4月18日国务院《关于禁止传销经营活动的通知》发布以后，仍然从事传销或者变相传销活动，扰乱市场秩序，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。实施上述犯罪，同时构成刑法规定的其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

（5）根据《最高人民法院关于非法经营国际或港澳台地区电信业务行为法律适用问题的批复》，违反《中华人民共和国电信条例》规定，采取租用电信国际专线、私设转接设备或者其他方法，擅自经营国际或者香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区电信业务进行营利活动，扰乱电信市场管理秩序，情节严重的，以非法经营罪追究刑事责任。

（6）根据《最高人民法院关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，违反国家有关盐业管理规定，非法生产、储运、销售食盐，扰乱市场秩序，情节严重的，以非法经营罪论处。非法经营食盐，具有下列情形之一的，应当依法追究刑事责任：①非法经营食盐数量在20吨以上的；②曾因非法经营食盐行为受过2次以上行政处罚又非法经营食盐，数量在10吨以上的。非法经营食盐行为未经处理的，其非法经营的数量累计计算；行为人非法经营行为是否盈利，不影响犯罪的构成。以非碘盐充当碘盐或者以工业用盐等非食盐充当食盐进行非法经营，同时构成非法经营罪和生产、销售伪劣产品罪，生产、销售不符合卫生标准的食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任。

（7）根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，未取得药品生产、经营许可证件和批准文号，非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，扰乱药品市场秩序，情节严重的，依照《刑法》第225条第1项的规定，以非法经营罪追究刑事责任。在生产、销售的饲料中添加盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，或者销售明知是添加有该类药品的饲料，情节严重的，依照《刑法》第225条第4项的规定，以非法经营罪追究刑事责任。

### 3. 非法经营罪的刑事责任

根据《刑法》第225条与第231条的规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

## 真题示例

（2009-2-57）下列哪些行为构成非法经营罪？

- A. 甲违反国家规定，擅自经营国际电信业务，扰乱电信市场秩序，情节严重
- B. 乙非法组织传销活动，扰乱市场秩序，情节严重
- C. 丙买卖国家机关颁发的野生动物进出口许可证
- D. 丁复制、发行盗版的《国家计算机考试大纲》

答案：AC。

解析：本题考核非法经营罪。根据《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定，A项符合题意。根据《刑法修正案（七）》第4条规定，B项构成组织、领导传销活动罪，而非构成非法经营罪，不符合题意。买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的，属于非法经营罪中非法经营行为的表现方式之一。另外，其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，是指法律、行政法规规定的所有经营许可证或者批准文件，如矿产开发、森林采伐、野生动物狩猎等许可证。故C项符合题意。根据《刑法》第217条第1项规定D项丁构成侵犯著作权罪，而非构成非法经营罪，不符合题意。





## 重点法条

第二百二十六条 以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

## 法条精解

1. 强迫交易罪，是指自然人或者单位，以暴力、胁迫手段强迫他人购买商品、强迫他人出卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的行为。

2. 强迫交易主要包括以下几种情况：一是在他人不愿意买卖商品、不愿意提供或者接受服务的情况下，强迫他人买卖商品、提供或者接受服务；二是强迫他人以非通常方式买卖商品、提供或者接受服务；三是强迫他人以不公平价格买卖商品、提供或者接受服务。

3. 如何区分强迫交易罪与抢劫罪。本罪的法益主要是自愿、平等交易的市场秩序，而抢劫罪的法益是财产权利与人身权利；本罪的法定刑低，且情节严重才构成犯罪，抢劫罪的法定刑高，且不以情节严重为要件。这是区分本罪与抢劫罪所必须把握的两个关键点。首先，由于本罪属于破坏市场秩序的犯罪，故只有在经营或交易活动中才可能发生本罪。其次，本罪的暴力、胁迫的内容与程度应当低于抢劫罪。即暴力的内容不得达到轻伤程度，暴力、胁迫的程度不得达到抢劫与敲诈勒索的程度。最后，本罪虽然可能表现为强迫他人以不公平价格买卖商品、提供或者接受服务，但这里的“不公平价格”也只能略高于公平价格。如果以暴力、胁迫为手段，以商品交易为借口侵犯财产的，则应认定为抢劫或敲诈勒索等罪。

4. 刑事责任。根据《刑法》第226条与第231条的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

## 真题示例

(2002-2-12) 张某乘坐出租车到达目的地后，故意拿出面值100元的假币给司机钱某，钱某发现是假币，便让张某给10元零钱，张某声称没有零钱，并执意让钱某找零钱。钱某便将假币退还张某，并说：“算了，我也不要出租车钱了”。于是，张某对钱某的头部猛击几拳，还吼道：“你不找钱我就让你死在车里”。钱某只好收下100元假币，找给张某90元人民币。张某的行为构成何罪？

- A. 使用假币罪
- B. 敲诈勒索罪
- C. 抢劫罪
- D. 强迫交易罪

答案：C。

解析：《刑法》第172条规定了持有、使用假币罪。根据《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第19条规定，甲虽然有使用假币的行为，但是如果仅是题目中所交代的100元的话，可以不按照犯罪处理。排除A选项。《刑法》第226条规定了强迫交易罪。甲的行为显然不符合强迫交易罪的犯罪构成，甲不构成强迫交易罪。排除D选项。敲诈勒索罪和抢劫罪的不同点在于，抢劫罪一般都是当场获取财物，如被害人立即交付财物，威胁的内容立即成为现实；以暴力威胁的敲诈勒索往往不是当场取得财物，而是事后取得财物。此外，依《刑法》第274条的规定，甲以暴力相威胁，当场劫取财物，虽然数额不大，但仍构成抢劫罪。因此选C项。

## 重点法条

第二百三十二条 故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百三十三条 过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。

## 法条精解

1. 故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为





(1) 故意杀人罪的客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为。

① 行为对象为“他人”，故自杀行为不成立本罪。尸体不能成为故意杀人罪的对象。行为人由于对事实的认识错误，误认尸体为活人而进行“杀害”的，在刑法理论上称为对象不能犯，只有具有导致活人死亡的可能性时，才能按故意杀人未遂处理，否则不应认定为故意杀人罪。

② 必须具有剥夺他人生命的行为即杀人行为，剥夺他人生命的方式，既可以是作为，也可以是不作为；既可以是物理的方式，也可以是心理的方法。

③ 剥夺他人生命的行为必须具有非法性。依法执行命令枪决罪犯、符合法定条件的正当防卫杀人等行为，不构成故意杀人罪。杀人行为发生死亡结果的，成立故意杀人既遂；没有发生死亡结果的，成立故意杀人未遂、中止或者预备。

(2) 主体必须是已满14周岁，具有辨认和控制自己行为能力的自然人。

(3) 主观方面是故意，包括直接故意与间接故意，即明知自己的行为会发生他人死亡的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。故意杀人的动机多种多样，如报复杀人、奸情杀人等等。不同的杀人动机，对构成故意杀人罪没有影响，但对量刑具有一定意义。

## 2. 故意杀人罪的认定

(1) 注意相关条文对故意杀人罪的规定。根据《刑法》第238条、第247条、第248条、第289条、第292条的规定，对非法拘禁使用暴力致人死亡的，刑讯逼供或暴力取证致人死亡的，虐待被监管人致人死亡的，聚众“打砸抢”致人死亡的，聚众斗殴致人死亡的，应以故意杀人罪论处。

(2) 关于以放火、爆炸、投放危险物质等危险方法杀人案件的定性，我国刑法理论一直认为，凡是以放火等危害公共安全的方法故意杀人的，不能认定为故意杀人罪，只能认定为放火等以危险方法危害公共安全的犯罪。事实上，以放火、爆炸等危害公共安全的方法故意杀人时，其行为不仅符合放火、爆炸等罪的构成要件，而且符合故意杀人罪的构成要件，可谓想象竞合犯；而无论从性质上、还是从法定刑上看，故意杀人罪都重于放火、爆炸等罪，故将上述行为认定为故意杀人罪，才符合想象竞合犯的处理原则。如果将以放火、爆炸等危害公共安全的方法故意杀人的案件认定为放火、爆炸等罪，在未造成严重后果时，会导致罪刑不协调。反之，将以放火、爆炸等危险方法故意杀人的行为认定为故意杀人罪，则有利于做到罪刑相适应。将故意以危险方法杀人的案件认定为危害公共安全罪，也不利于区分故意杀人罪与放火等罪的界限。例如，根据通说，很难认定以投放危险物质的方法杀害三、五人案件的性质。反之，将以危险方法杀人的行为认定为故意杀人罪，则不致造成定性上的困难。此外，将以危险方法杀人的行为认定为故意杀人罪，还有利于处理《刑法》第17条第2款在适用中遇到的问题，有利于统一对结果加重犯的认识与处理，有利于将来削减死刑条款。

(3) 对实施积极的安乐死的行为，应以故意杀人罪论处。所谓安乐死，通常是指为免除患有不治之症、濒临死亡的患者的痛苦，受患者嘱托而使其无痛苦地死亡。安乐死分为不作为的安乐死与作为的安乐死。不作为的安乐死，是指对濒临死亡的患者，经其承诺，不采取治疗措施任其死亡的安乐死。这种行为不成立故意杀人罪。作为的安乐死包括三种情况：一是没有缩短患者生命的安乐死，这种行为不成立犯罪。二是具有缩短生命危险的安乐死。这种行为虽然具有缩短患者生命的危险，但事实上没有缩短患者生命，也不成立故意杀人罪。三是作为缩短患者生命手段的安乐死，即为了免除患者的痛苦，而提前结束其生命的方法。现在，世界上只有个别国家对积极的安乐死实行了非犯罪化。在我国，救死扶伤是公民的道义责任，是医务人员的职业责任。对生命垂危、痛不欲生的患者，应尽量给予医务上的治疗和精神上的安慰，以减轻其痛苦。人为地提前结束患者生命的行为，还难以得到一般国民的认同；即使被害人同意，这种杀人行为也是对他人生命的侵害。特别是在法律对实行积极的安乐死的条件、方法、程序等没有明确规定的情况下，实行积极的安乐死所产生的其他一系列后果不堪设想。在法律未允许实行积极安乐死的情况下，实行积极安乐死的行为，仍然构成故意杀人罪；既不能认为这种行为不符合故意杀人罪的犯罪构成，也不宜以《刑法》第13条的但书为根据宣告无罪。当然，量刑时可以从宽处罚。

(4) 对与自杀有关的案件应具体分析，区别处理。自杀是自愿结束自己生命的行为，本身不构成犯罪，但引起、促成自杀的原因比较复杂，其中有的人对他人的自杀应当承担刑事责任。下面对涉及刑事责任的几种情况作些说明：

① 相约自杀。即二人以上相互约定自愿共同自杀的行为。如果相约双方均自杀身亡，自不存在刑事责任问题；如果相约双方各自实施自杀行为，其中一方死亡，另一方自杀未遂，未遂一方也不负刑事责任；如果相约自杀，由其中一方杀死对方，继而自杀未遂的，应以故意杀人罪论处，但量刑时可以从轻处罚。





② 引起他人自杀。即行为人所实施的某种行为引起他人自杀身亡。第一，正当行为引起他人自杀的，不存在刑事责任问题。第二，错误行为或者轻微违法行为引起他人自杀的，也不成立犯罪。不能因为引起了他人自杀，就将其错误行为或者轻微违法行为当作犯罪行为处理。第三，严重违法行为引起他人自杀身亡，将严重违法行为与引起他人自杀身亡的后果进行综合评价，达到了犯罪的社会危害程度时，应当追究刑事责任。如诽谤他人，行为本身的情节并不严重，但引起他人自杀身亡，便可综合起来认定行为的情节严重，将该行为以诽谤罪论处。第四，犯罪行为引起他人自杀身亡，但对自杀身亡结果不具有故意时，应按先前的犯罪行为定罪并从重处罚。例如，强奸妇女引起被害妇女自杀的，以强奸罪从重处罚。

③ 教唆或帮助自杀。教唆自杀，是指行为人故意用引诱、怂恿、欺骗等方法，使他人产生自杀意图。以相约自杀为名诱骗他人自杀的，也是一种教唆自杀的行为。帮助自杀，是指在他人已有自杀意图的情况下，帮助他人实现自杀意图。我国刑法对杀人罪规定得比较简单，没有将教唆、帮助自杀的行为规定为独立的犯罪。在这种立法体例之下，是认为教唆、帮助自杀的行为根本不成立犯罪，还是认为教唆、帮助自杀的行为成立普通的故意杀人罪，的确是需要研究的问题。如果认为刑法分则条文规定的只是实行行为，那么，只有当教唆、帮助（与共同犯罪中的教唆、帮助不是等同概念）自杀的行为，具有间接正犯性质时，才能认定为故意杀人罪。首先，欺骗不能理解死亡意义的儿童或者精神病患者等人，使其自杀的，属于故意杀人罪的间接正犯。其次，凭借某种权势或利用某种特殊关系，以暴力、威胁或者其他心理强制方法，使他人自杀身亡的，成立故意杀人的间接正犯，应以故意杀人罪论处。例如，组织和利用邪教组织制造、散布迷信邪说，指使、胁迫其成员或者其他人员实施自杀行为的，邪教组织成员组织、策划、煽动、教唆、帮助邪教组织人员自杀的，应以故意杀人罪论处。最后，行为人教唆自杀的行为使被害人无法抗拒、程度、情况等产生错误，其对死亡的同意无效时，也应认定为故意杀人罪。例如，医生欺骗患者说：“你最多只能活三个月，而且一周后开始剧烈疼痛。”进而使其自杀的，患者对自杀的同意无效，对医生应认定为故意杀人罪。

3. 对所谓“大义灭亲”的行为，应以故意杀人罪论处。

#### 4. 过失致人死亡罪的相关问题

(1) 过失致人死亡罪的概念与特征。过失致人死亡罪，是指由于普通过失致人死亡的行为。过失致人死亡罪在主观上必须是过失，即应当预见自己的行为可能发生他人死亡的危害结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生他人死亡的危害结果。客观上必须实施了致人死亡的行为，并且已经造成死亡结果，行为与死亡结果之间必须存在因果关系。已满16周岁，具有辨认和控制自己行为能力的自然人，均可成为本罪主体。

##### (2) 过失致人死亡罪的认定：

① 正确区分过失致人死亡罪与过失引起被害人死亡的其他犯罪。刑法分则某些条文规定的过失犯罪，如失火罪、过失爆炸罪、交通肇事罪等，也往往发生过失致人死亡的结果，但它们都是因为危害公共安全或者是业务过失而导致他人死亡的结果。规定这些犯罪的刑法条文与规定过失致人死亡罪的刑法条文，形成特别法条与普通法条的关系，在这种情况下，应按特别法条论处，不定过失致人死亡罪。因此，《刑法》第233条在规定了过失致人死亡罪及其法定刑之后指出：“本法另有规定的，依照规定。”

② 正确区分过于自信的过失致人死亡与间接故意杀人。二者有相似之处：都发生了他人死亡的结果，行为人都认识到自己的行为可能发生他人死亡的结果，都不希望这种结果的发生。主要区别在于：前者的行为人希望避免死亡结果的发生，死亡结果的发生违背行为人意志，后者的行为人对死亡结果持放任态度，发生死亡结果并不违背行为人的意志；前者的行为人在预见到死亡结果可能发生的情况下，仍然实施其行为，是因为他认为凭借一定的主客观条件可以避免死亡结果的发生，后者的行为人，在明知死亡结果可能发生的情况下，仍然实施其行为，是为了实现其他目的，行为人没有考虑凭借一定的主客观条件避免死亡结果的发生。

③ 正确区分疏忽大意的过失致人死亡与意外事件致人死亡。二者的关键区别在于行为人能否预见、应否预见自己的行为可能导致他人死亡。应当根据行为人的智能水平、行为本身的危险程度以及客观环境，判断行为人对死亡结果能否预见、应否预见，从而得出正确结论。

④ 对过失重伤进而引起被害人死亡的，应直接认定为过失致人死亡罪，不能套用故意伤害致死的模式，定过失伤害致人死亡罪。

(2009-2-7) 甲、乙夫妇因8岁的儿子严重残疾,生活完全不能自理而非常痛苦。一天,甲往儿子要喝的牛奶里放入“毒鼠强”时被乙看到,乙说:“这是毒药吧,你给他喝呀?”见甲不说话,乙叹了口气后就走开了。毒死儿子后,甲、乙二人一起掩埋尸体并对外人说儿子因病而死。关于甲、乙行为的定性,下列哪一选项是正确的?

- A. 甲与乙构成故意杀人的共同犯罪  
B. 甲构成故意杀人罪,乙构成包庇罪  
C. 甲构成故意杀人罪,乙构成遗弃罪  
D. 甲构成故意杀人罪,乙无罪

答案:A。

解析:故意杀人罪是指故意非法剥夺他人生命的行为。本案中甲的行为明显构成故意杀人罪,因此关键问题是判断乙构成何种犯罪。乙明知甲往儿子的牛奶中放入毒药将会发生儿子死亡的后果,作为监护人的乙并没有制止,没有履行自己应尽的义务,构成不作为的故意杀人罪,即甲与乙构成故意杀人罪的共罪。

## 重点法条

第二百三十四条 故意伤害他人身体的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪,致人重伤的,处三年以上十年以下有期徒刑;致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的,依照规定。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百三十五条 过失伤害他人致人重伤的,处三年以下有期徒刑或者拘役。本法另有规定的,依照规定。

## 法条精解

故意伤害罪是非法损害他人身体健康的行为,以伤害后果为标准,伤害可分为轻伤、重伤、伤害致人死亡三种情形。

### 1. 主体

相对刑事责任年龄人对故意伤害(轻伤)罪不承担责任,只对故意伤害致人重伤或死亡,承担责任。

### 2. 转化犯

根据《刑法》第238、247、248、289、292、333条的规定,对非法拘禁使用暴力致人伤残的,刑讯逼供或暴力取证致人伤残的,虐待被监管人致人伤残的,聚众“打砸抢”致人伤残的,聚众斗殴致人重伤的,非法组织或强迫他人出卖血液造成伤害的,应以故意伤害罪论处。

### 3. 与故意杀人罪的区别

故意杀人的未遂与故意伤害的既遂,故意伤害致人死亡与故意杀人的既遂都会存在混淆。一般说来,两者区别的关键在于行为人的主观故意。比如双方并未宿怨,只是偶尔口角,然后动起手来,行为人用刀刺中被害人的臀部,但却把股动脉给割破了,导致死亡,这种情况就应该以故意伤害罪定性。

### 4. 同时伤害

同时伤害,系指两人以上没有意思联络而同时伤害他人的情形。同时伤害不属于共同伤害。在同时伤害情况下,如果能够确定各自的伤害程度,自然定罪处罚不存在什么。关键问题是伤害结果不知是何人所为。对此情况,如果是轻伤,不追究任何人的刑事责任,如果是重伤,各行为人分别追究故意伤害未遂的刑事责任。

### 5. 并罚的情况

与故意杀人罪一样,在某些犯罪中实施故意伤害行为,也要和这些犯罪进行数罪并罚,这主要有:①组织他人偷越国(边)境、运送他人偷越国(边)境中,对被组织人有伤害行为的;②在拐卖妇女、儿童过程中,对被害人进行故意伤害的;③实施保险诈骗,投保人、受益人故意造成被保险人重伤的;④实施组织、领导、参加恐怖活动组织、黑社会性质组织并实施故意伤害犯罪的。

### 6. 与过失致人重伤罪区别

这关键在于主观心态不同,需要说明的是,如果是过失致人轻伤,不构成犯罪。



第二百三十六条 以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处3年以上10年以下有期徒刑。

奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。

强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：

- (一) 强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；
- (二) 强奸妇女、奸淫幼女多人的；
- (三) 在公共场所当众强奸妇女的；
- (四) 2人以上轮奸的；
- (五) 致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

#### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于审理强奸案件有关问题的解释》

对于已满14岁不满16岁的人，与幼女发生性关系构成犯罪的，依照刑法第十七条、第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚，对于与幼女发生性关系，情节轻微，尚未造成严重后果的，不认为是犯罪。

对于行为人既实施了强奸妇女的行为又实施了奸淫幼女的行为，依照刑法第二百三十六条的规定，以强奸罪从重处罚。

#### 《最高人民法院关于行为人明知是不满十四岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》

行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。

### 法条精解

强奸罪是以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女意志，强行与其发生性交或奸淫幼女的行为。

#### 1. 强奸罪的特征

(1) 客观上必须违背妇女意志，采用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交。

强奸行为以违背妇女意志为前提，即在妇女不同意发生性交的情况下，强行与之性交。如果妇女同意发生性交，行为人的行为就不构成强奸罪。换言之，被害妇女的性的自己决定权是否受到侵害或者威胁，与她本人的意愿密不可分；只有当行为人的行为实际上违背了妇女意志时，才意味着她的性的自己决定权受到了侵害或者威胁。

所谓“暴力手段”，是指不法对被害妇女行使有形力的手段，即直接对被害妇女采取殴打、捆绑、堵嘴、卡脖子、按倒等危害人身安全或人身自由，使妇女不能反抗的手段。这里的暴力，不包括故意杀人，故意杀死妇女后又奸尸的，不应认定为强奸罪。此外，暴力是征服妇女意志的手段，必须直接针对被强奸的妇女实施。所谓“胁迫手段”，是指为了使被害妇女产生恐惧心理，而以恶害相通告的行为；胁迫的实质是足以引起被害妇女的恐惧心理，实现对被害妇女的精神强制，使妇女不敢反抗的手段，从而实现强行奸淫的意图。胁迫既可以直接对被害妇女进行威胁，也可以通过第三者进行威胁；既可以是口头胁迫，也可以是书面胁迫；既可以以暴力进行威胁，也可以以非暴力进行威胁。所谓“其他手段”，是指采用暴力、胁迫以外的使被害妇女不知抗拒或者不能抗拒的手段，具有与暴力、胁迫相同的强制性质。

(2) 主体是已满14周岁，具有辨认控制能力的自然人，通常是男子，其中直接正犯只能是男子。妇女可以成为强奸罪的教唆犯、帮助犯，也可以成为间接正犯与共同正犯。

(3) 主观方面是故意。明知自己的行为违背妇女意志，而决意强行奸淫。有无这一心理状态是强奸同猥亵、侮辱妇女行为相区别的主要标志。

#### 2. 奸淫幼女罪与普通强奸罪的区别

奸淫幼女属于强奸罪的一种表现形式，但它与前述普通强奸罪存在区别。符合下列特征的，属于奸淫幼女：

- (1) 客观上表现为与不满14周岁的幼女发生性交的行为。
- (2) 主体是已满14周岁，具有辨认控制能力的自然人。
- (3) 主观上是故意。故意是认识因素与意志因素的统一。在奸淫幼女罪中，认识内容包括奸淫对象是





不满 14 周岁的幼女，奸淫幼女的结果是损害幼女的身心健康等。在本罪中，幼女属于特定对象，是犯罪构成的客观要件要素，行为人对此必须有认识，或者明知女方一定是幼女，或者明知女方可能是幼女，或者不管女方是否是幼女，在此基础上决意实施奸淫行为的，就具备奸淫幼女罪的主观要件。间接故意也可以构成奸淫幼女罪。

### 3. 强奸罪的认定

(1) 奸淫女精神病患者案件的认定。行为人明知妇女是精神病患者或痴呆者，而非法与之发生性交的，不管使用什么手段，也不问妇女是否“同意”，均应以强奸罪论处。如果行为人确实不知妇女是精神病患者或痴呆者，也未采用暴力、胁迫等手段，经本人同意与之发生性交的，则不构成强奸罪。

(2) 轮奸与聚众淫乱行为的界限。轮奸是指二男以上出于共同强奸的故意对同一妇女（或幼女）连续地轮流强奸（或奸淫）的行为。轮奸是强奸罪的一种特殊形式。两个以上的男子在同一时间、同一地点轮流与一个或几个女子自愿发生性交的，不是轮奸，而是聚众淫乱行为。

(3) 特殊的奸淫幼女案件。①幼女早熟，身材高大，且虚报年龄，行为人在不知道也不可能知道其为幼女的情况下，经幼女同意发生性交的，不能认定为强奸罪。②个别幼女染有淫乱习性，主动与多名男子发生性交的，对这些男子也不宜都以强奸罪论处。

### 4. 强奸罪的罪数问题

这是司法考试最经常的考点，大家一定要高度重视。

#### (1) 以强奸罪论处的情形

《刑法》第 259 条规定的利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人妻子的，定强奸罪；《刑法》第 300 条规定的组织和利用邪教组织，以迷信邪说引诱、胁迫、欺骗或者其他手段，奸淫妇女、幼女的，以强奸罪定罪处罚；《刑法》第 241 条规定的收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照强奸罪定罪处罚（收买被拐卖妇女罪与强奸罪并罚）；《刑法》第 318 条、321 条规定的在组织他人偷越国边境或运送他人偷越国边境过程中又有强奸行为的，应与强奸罪数罪并罚。

#### (2) 强奸罪被包容的情形

在拐卖妇女的犯罪过程中、强奸被拐卖的妇女的，仍直接以拐卖妇女罪一罪论处；在强迫他人卖淫的犯罪过程中，强奸后迫使其卖淫的，仍直接以强迫卖淫罪一罪论处（刑法第 240 条、第 358 条）。

#### (3) 强奸罪的加重情节

强奸罪有 5 个加重情节，可以处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：①强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；②强奸妇女、奸淫幼女多人的；③在公共场所当众强奸妇女的；④二人以上轮奸的；⑤致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。这里要注意的是，“致使被害人重伤、死亡”是指强奸行为导致被害人性器官严重损伤，或者造成其他严重伤害，甚至当场死亡或者经抢救无效死亡。

## 真题示例

（2008-2-53）《刑法》规定，在拐卖妇女、儿童过程中奸淫被拐卖的妇女的，仅定拐卖妇女、儿童罪。15 周岁的甲在拐卖幼女的过程中，强行奸淫幼女。对此，下列哪些选项是错误的？

A. 《刑法》第十七条第二款没有规定 15 周岁的人对拐卖妇女、儿童罪负刑事责任，所以，甲不负刑事责任

B. 拐卖妇女、儿童罪包含了强奸罪，15 周岁的人应对强奸罪承担刑事责任，所以，对甲应认定为拐卖妇女、儿童罪

C. 15 周岁的人犯强奸罪的应当负刑事责任，所以，对甲应认定为强奸罪

D. 拐卖妇女、儿童罪重于强奸罪，既然 15 周岁的人应对强奸罪承担刑事责任，就应对拐卖妇女、儿童罪承担刑事责任，所以，对甲应以拐卖妇女、儿童罪与强奸罪实行并罚

答案：ABD。

解析：根据《刑法》第 17 条第 2 款规定，15 周岁的人拐卖幼女的过程中奸淫幼女的，虽然 15 周岁的人对拐卖妇女、儿童罪不负刑事责任，但是，他应该对强奸行为承担刑事责任，构成强奸罪，因此，A 的说法错误，当选。C 项说法正确，不当选。B 项中 15 周岁的人虽然对强奸罪要承担刑事责任，但不成立拐卖妇女、儿童罪，B 和 D 的说法错误，当选。

## 重点法条

第二百三十七条 以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或



者拘役。

聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，处5年以上有期徒刑。

猥亵儿童的，依照前两款的规定从重处罚。

## 法条精解

### 1. 强制猥亵、侮辱妇女罪

强制猥亵、侮辱妇女罪是指以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的行为。妇女可单独构成本罪的实行犯。其基本特征如下：

(1) 客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵、侮辱妇女。

① 行为对象必须是已满14周岁的妇女，强制猥亵男子以及猥亵儿童的，不成立本罪。行为人故意杀害被害妇女后，再针对尸体实施猥亵、侮辱行为的，不得认定为强制猥亵、侮辱妇女罪，而应认定为故意杀人罪与侮辱尸体罪，并实行数罪并罚。

② 必须实施了猥亵、侮辱妇女的行为。猥亵行为具有质的规定性。猥亵妇女是指针对妇女实施的，伤害妇女的性的羞耻心，侵害妇女的性的决定权，违反性行为秩序的行为。“针对妇女实施”主要包括以下情况：一是直接对妇女实施猥亵行为，或者迫使妇女容忍行为人或第三人对之实施猥亵行为；二是迫使妇女对行为人或者第三者实施猥亵行为；三是强迫妇女自行实施猥亵行为；四是强迫妇女观看他人的猥亵行为。

③ 必须以暴力、胁迫或者其他使妇女不能反抗、不敢反抗、不知反抗的方法强制猥亵、侮辱妇女。换言之，对于本罪中“暴力、胁迫或者其他方法”，应当与强奸罪客观方面的“暴力、胁迫或者其他手段”做出相同的解释。

(2) 主体是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人。

① 妇女可以成为强制猥亵妇女罪的主体。

② 对于公然强制猥亵妻子的部分行为，丈夫可以成为强制猥亵妻子的主体。

(3) 主观上具有故意，行为人明知自己的猥亵、侮辱行为违背妇女意志，侵犯了妇女的性的自己决定权，但仍然强行实施该行为。

### 2. 强制猥亵、侮辱妇女罪与强奸罪的区别

强制猥亵、侮辱妇女罪与（普通）强奸罪都是侵犯妇女身心健康的犯罪，在客观上都使用了暴力、胁迫或其他方法，二者的区别表现在：①客观方面不完全相同：前者是对妇女强行实施性交以外的猥亵、侮辱行为；后者是强行与妇女发生性交。②主体不完全相同：前者的直接正犯既可以是男子，也可以是妇女；后者的直接正犯只能是男子。③主观故意内容不同：前者不以强行奸淫为目的；后者以强行奸淫为目的。

需要注意的几个问题：①不管是否聚众或者是否在公共场所强制猥亵、侮辱妇女，只要造成妇女死亡的，就应认定为故意伤害罪，适用故意伤害致死的法定刑。②非聚众并且在非公共场所强制猥亵、侮辱妇女，致妇女重伤的，由于故意伤害致人重伤的法定刑重于强制猥亵、侮辱妇女罪的基本法定刑，理当以故意伤害罪论处。③聚众或者在公共场所强制猥亵、侮辱妇女，致妇女重伤的，仍认定为强制猥亵、侮辱妇女或猥亵儿童罪，因为该罪的加重法定刑重于故意伤害的法定刑。④与侮辱罪的区别：区别的关键在于犯罪目的不同，强制猥亵侮辱妇女罪的目的在于追求性满足或进行性骚扰，而侮辱罪的目的在于贬低他人人格，损坏他人名誉。⑤与猥亵儿童罪的区别：强制猥亵、侮辱妇女罪的犯罪对象是14周岁以上的女性，必须是在对方不同意的情况下实施的，如果猥亵的是不满14周岁的儿童（男童和女童），无论对方是否同意，也无论是否使用强制手段，都应以猥亵儿童罪定罪。

## 重点法条

第二百三十八条 非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。

犯前款罪，致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡的，处10年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。

为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。

国家机关工作人员利用职权犯前三款罪的，依照前三款的规定从重处罚。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》

行为人为索取高利贷、赌债等不受法律保护的债务，非法扣押、拘禁他人的，依照刑法第二百三十八



## 法条精解

非法拘禁罪是以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由的行为。

1. 客体：客体是他人人身活动的自由，这种自由的剥夺必须以被害人认识到为必要，比如甲乘乙酒醉将其反锁于家，次日早开门，但乙一直不知，则不构成非法拘禁罪。另外，精神病人和能够行动的幼儿也都具有这种活动的自由，可以成为非法拘禁罪的对象。

2. 客观方面：客观方面所实施的是以拘押、禁闭或者其他强制方法非法剥夺他人人身自由的行为。这里的强制方法还可以是利用他人的恐惧、羞耻心理使其无法离开，而在事实上失去行动自由，比如在人门口放置毒蛇狼狗。

3. 罪与非罪：根据《最高人民法院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》，非法拘禁罪是指以拘禁或者其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。国家机关工作人员利用职权非法拘禁，涉嫌下列情形之一的，应予立案：

- (1) 非法剥夺他人人身自由 24 小时以上的；
- (2) 非法剥夺他人人身自由，并使用械具或者捆绑等恶劣手段，或者实施殴打、侮辱、虐待行为的；
- (3) 非法拘禁，造成被拘禁人轻伤、重伤、死亡的；
- (4) 非法拘禁，情节严重，导致被拘禁人自杀、自残造成重伤、死亡，或者精神失常的；
- (5) 非法拘禁 3 人次以上的；
- (6) 司法工作人员对明知是违法犯罪事实的人而非法拘禁的；
- (7) 其他非法拘禁应予追究刑事责任的情形。

4. 索债拘禁：以索债（不论是合法债务，还是非法债务）为目的非法扣押、拘禁他人的，定本罪，而不是绑架罪。

5. 罪数和其他：

(1) 结果加重犯和转化犯：《刑法》第 238 条第 2 款规定，非法拘禁致人重伤的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；致人死亡的，处 10 年以上有期徒刑。这是非法拘禁罪的结果加重犯，对于死亡结果和重伤结果应该限定在过失的范围内。该款还规定：使用暴力致人伤残、死亡的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。这个规定应该理解为转化犯，对结果的心态是故意，不再以非法拘禁罪定罪。

(2) 国家机关工作人员利用职权实施非法拘禁的，从重处罚。

(3) 收买被拐卖妇女、儿童又有非法拘禁行为的，应数罪并罚。

(4) 与其他罪的竞合：在强奸罪、刑讯逼供罪、暴力干涉婚姻自由罪、拐骗儿童罪、妨害公务罪、组织他人偷越国（边）境罪、绑架罪、拐卖妇女儿童罪中都包含有非法拘禁行为，不另定非法拘禁罪。但是，在共同犯罪的时候，要注意部分犯罪共同说。

## 真题示例

（2004-2-1）韩某在向张某催要赌债无果的情况下，纠集好友把张某挟持至韩家，并给张家打电话，声称如果再不还钱，就砍掉张某一只手。韩某的作为：

- |                      |            |
|----------------------|------------|
| A. 构成非法拘禁罪           | B. 构成绑架罪   |
| C. 构成非法拘禁罪和绑架罪的想象竞合犯 | D. 构成敲诈勒索罪 |

答案：A。

解析：根据《刑法》第 238 条规定，本题应选 A 项。

## 重点法条

第二百三十九条 以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；

犯前款罪，情节较轻的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。

以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，依照前款的规定处罚。



## 1. 绑架罪

绑架罪是指利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑，以勒索财物或满足其他不法要求为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人的行为。绑架行为使用了暴力、胁迫等强制手段，因而严重侵犯了被绑架人在本来的生活场所的安全与行动自由。与此同时，行为人还可能向被绑架人的亲属或其他人勒索财物，或提出其他不法要求，故可能同时侵犯他人的财产权利及其他权利。本罪的基本特征如下：

(1) 客观方面表现为利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑，使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人。绑架的对象是任何他人，包括妇女、儿童和婴幼儿乃至行为人的子女或者父母。绑架的实质是使被害人处于行为人或第三者的实力支配下，事实上存在着使未成年人的父母离开生活场所而将未成年人控制在行为人实力范围内的情况，也存在使被害人滞留在本来的生活场所但使其丧失行动自由的绑架案件。

(2) 主体必须是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人。已满14周岁不满16周岁的人实施绑架行为，故意杀害被绑架人的，应认定为故意杀人罪。

(3) 主观上只能出于故意。行为人一方面利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑，另一方面以勒索财物或满足其他不法要求为目的。如果不具有这种心理状态，则不构成绑架罪。如果行为人客观上向被绑架人的近亲属或其他人勒索财物或提出了其他不法要求，也不另成立其他犯罪。但是，如果行为人绑架他人是为了直接向被绑架人索取财物，则不构成本罪，而应认定为抢劫罪。

## 2. 绑架罪的行为方式

绑架包括两种类型：①索财型绑架。这是行为人利用被绑架者的近亲属等人对被绑架者的安危担忧，迫使其在一定时间内交付赎金。这种绑架具有索财的目的。因此，如果行为人直接向被绑架人索取财物，或者被害人指示他人向行为人交付财物，但并未透露自己被绑架的事实，都应该以抢劫罪，而非绑架罪定性。②人质型绑架。这是通过绑架人质以要求某种非法利益或者提出非法要求，但不包括偿还债务。这种绑架不需要以索财为目的，行为人可能具有财物以外的其他目的。行为人既可以向被绑架人，也可以向其他组织或个人提出这种非法利益或要求。非法利益是财物以外的其他利益。

## 3. 既未遂标准

索财型绑架只要将被绑架人置于行为人或第三人控制之下，或者向被绑架人的近亲属等人发出要求支付财物的意思，就成立既遂，不需要财物被实际支付。人质型绑架只要实际控制人质，就成立既遂。

## 4. 罪数及其他

(1) 以勒索为目的偷盗婴幼儿的，构成本罪。

(2) 致被绑架人死亡或杀害被绑架人的，处死刑，不另定罪。如果相对刑事责任能力人实施绑架行为，出现加重结果的，对于后行为，可以故意杀人罪定罪，但对前行为，不能追究其责任。

(3) 如果在绑架过程中，又实施了强奸行为的，以绑架罪和强奸罪，实行数罪并罚。但如果实施的是抢劫行为，则从一重罪论处。

(4) 根据刑法第238条第3款的规定，行为人为索取债务非法扣押、拘禁他人的，只构成非法拘禁罪，不成立绑架罪。《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》指出，行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务，非法扣押、拘禁他人的，依照非法拘禁罪定罪处罚。

## 真题示例

(2005-2-17) 甲在一豪宅院外将一个正在玩耍的男孩(3岁)骗走，意图勒索钱财，但孩子说不清自己家里的联系方式，无法进行勒索。甲怕时间长了被发现，于是将孩子带到异地以4000元卖掉。对甲应当如何处理？

- A. 以绑架罪与拐卖儿童罪的牵连犯从一重处断
- B. 以绑架罪一罪处罚
- C. 以拐卖儿童罪一罪处罚
- D. 以绑架罪与拐卖儿童罪并罚





答案：D。

**解析：**绑架罪是指勒索财物或者扣押人质为目的，使用暴力、胁迫或者其他方法，绑架他人的行为。甲将3岁小男孩骗走，欲以此向孩子家长勒索钱财，此时甲的行为已经构成了绑架罪既遂。后甲在无法获得勒索财物的情况下，另起出卖幼儿以换取钱财的犯意，并将小孩以4000元卖到异地，构成拐卖儿童罪。本题中甲出于实施绑架和出卖儿童的两个故意，相继实施了偷盗儿童和出卖儿童这两个行为，且两个行为之间不具有牵连关系，即甲所实施的两个犯罪不具有以实施其中的一犯罪为目的，而其犯罪的方法或犯罪的结果有触犯另一个罪名的情形，也就是说甲所实施的两个独立的犯罪，因此构成数罪，应当实行数罪并罚。

### 重点法条

第二百四十条 拐卖妇女、儿童的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：

- （一）拐卖妇女、儿童集团的首要分子；
- （二）拐卖妇女、儿童三人以上的；
- （三）奸淫被拐卖的妇女的；
- （四）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的；
- （五）以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；
- （六）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的；
- （七）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；
- （八）将妇女、儿童卖往境外的。

拐卖妇女、儿童是指以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。

#### 【关联法条】

##### 《最高人民法院关于审理拐卖妇女案件适用法律若干问题的解释》

第一条 刑法第二百四十条规定的拐卖妇女罪中的“妇女”，既包括具有中国国籍的妇女，也包括具有外国国籍和无国籍的妇女。被拐卖的妇女没有身份证明的，不影响对犯罪分子的定罪处罚。

第二条 外国人或者无国籍人拐卖外国妇女到我国境内被查获的，应当根据刑法第六条的规定，适用我国刑法定罪处罚。

第三条 对于外国籍被告人身份无法查明或者其国籍国拒绝提供有关身份证明的，人民检察院根据刑事诉讼法第一百二十八条第二款规定起诉的案件，人民法院应当受理。

### 法条精解

#### 1. 拐卖妇女、儿童罪

拐卖妇女、儿童罪是指以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。本罪是选择性罪名，可分解为拐卖妇女罪与拐卖儿童罪。其主要特征如下：

（1）客观上实施了拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。妇女是指已满14周岁的女性；儿童是指不满14周岁的男女。妇女与儿童，既包括具有中国国籍的妇女与儿童，也包括具有外国国籍和无国籍的妇女与儿童。拐骗是指以欺骗、利诱等非暴力方法将妇女、儿童拐走。绑架是指使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持、控制妇女、儿童。收买是指以金钱或其他财物买取妇女、儿童。贩卖是指出卖妇女、儿童以获取非法利益。接送是指为拐卖妇女、儿童的罪犯接收、运送妇女、儿童。中转是指为拐卖妇女、儿童的罪犯提供中途场所或机会。此外还包括偷盗婴儿的行为。只要实施上述其中一种行为的，就构成本罪。此外，以贩卖牟利为目的“收养”子女的，应以拐卖儿童罪处理。同时实施上述几种行为的，或者既拐卖妇女、又拐卖儿童的，只构成一罪，不实行数罪并罚。拐卖儿童的，即使征得儿童同意，也成立拐卖儿童罪。

（2）主体是已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人。已满14周岁不满16周岁的人拐卖妇女、儿童的不成立犯罪，但是，如果在拐卖妇女、儿童的过程中强奸妇女或者奸淫幼女的，则以强奸罪论处。

（3）主观上只能出于故意，而且必须以出卖为目的。即行为人明知自己的拐卖行为侵犯了妇女、儿童的人身权利，但为了出卖获利，仍决意实施拐卖行为。至于行为人实施拐卖妇女、儿童的行为后实际上是





否获利，则不影响本罪的成立。这是以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。行为人只要具有上述行为之一，就构成犯罪。

## 2. 八种加重情节

《刑法》第240条规定了拐卖妇女、儿童罪的八种加重情节，其刑罚可以是10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：

(1) 拐卖妇女、儿童集团的首要分子。

(2) 拐卖妇女、儿童3人以上的。

(3) 奸淫被拐卖的妇女的。此种情况无需再定强奸罪。

(4) 诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的。此种情况无需再定强迫卖淫罪。

(5) 以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的。

(6) 以出卖为目的，偷盗婴幼儿的。这是指秘密偷盗不满1周岁的婴儿或不满6岁的幼儿。

(7) 造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的。这是指拐卖行为直接或间接地造成被拐妇女、儿童或亲属重伤、死亡或者其他严重后果，如采取捆绑、虐待手段导致严重后果，又如拐卖行为导致被害人或亲属自杀或精神失常。如果在拐卖妇女、儿童过程中，对被害人进行故意杀害、重伤，则应认定为数罪，将故意杀人罪、故意伤害罪与拐卖妇女、儿童罪实行并罚。

(8) 将妇女、儿童卖往境外的。

## 3. 既未遂标准

本罪是行为犯，不以实际出卖为必要，只要以出卖为目的，实施了拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童行为之一的，就属于既遂。

## 4. 罪与非罪

(1) 介绍婚姻、介绍收养的定性

对于那些确属介绍婚姻，且被介绍的男女双方相互了解对方的基本情况，或者确属介绍收养，并经被收养人父母同意的，尽管介绍的人数较多，从中收取财物较多，也不应作犯罪处理。

(2) 出卖自己子女或亲属的定性

① 对那些迫于生活困难、受重男轻女思想影响而出卖亲生子女或收养子女的，可不作为犯罪处理；对于出卖子女确属情节恶劣的，可按遗弃罪处罚。

② 以营利为目的，出卖不满14周岁子女，情节恶劣的，借收养名义拐卖儿童的，以及出卖捡拾的儿童，均应以拐卖儿童罪追究刑事责任。出卖14周岁以上女性亲属或者其他不满14周岁亲属的，以拐卖妇女、儿童罪追究刑事责任。

③ 得到被害妇女同意的拐卖行为，也应以拐卖妇女罪定罪。

(3) 拐卖妇女、儿童罪的认定

① 拐卖妇女罪与借介绍婚姻索取财物的行为的界限。后者是指行为人借为男女双方做婚姻介绍人的机会，向其中一方或双方索取财物。这种行为是一般违法行为，不构成犯罪。其区别主要表现在：a. 前者对被害人实施了拐骗、出卖等行为，后者没有实施这种行为。b. 前者把妇女作为商品出卖，所获取的利润是被害妇女的“身价”，后者则是将一方介绍给另一方，索取“介绍费”。总之，拐卖妇女罪侵犯了妇女的人身权利，借介绍婚姻索取财物的行为没有侵犯他人的人身权利。

② 注意划清拐卖儿童罪与介绍收养索取财物的行为的界限。后者是指行为人借为他人介绍收养的机会，向收养一方索取财物。这种行为也是一般违法行为，不构成犯罪，它们的区别主要是：a. 前者是拐骗、出卖儿童；后者是将儿童介绍给他人收养。b. 前者一般没有经过儿童家长的同意；后者征得了儿童家长的同意。前者将儿童作为商品出卖，所获的利润是被害儿童的“身价”；后者是将儿童介绍给他人收养，索取“介绍费”。

③ 拐卖妇女罪与诈骗罪的界限。实践中常常出现以介绍妇女与人结婚为名骗取钱财的案件。如果诈骗数额较大，应以诈骗罪论处，不能认定为拐卖妇女罪。此外，有的行为人以介绍对象为名，获取他人钱财后便携款携物潜逃的，也只能认定为诈骗行为，不构成拐卖妇女、儿童罪。

④ 拐卖妇女、儿童罪与绑架罪的界限。拐卖妇女、儿童罪包括以出卖为目的绑架妇女、儿童的行为，故二者有相似之处。区别在于：a. 犯罪目的不同：前者以出卖为目的；后者以勒索财物或满足其他不法要求为目的。b. 对象不同：前者的对象仅限于妇女、儿童；后者的对象可以是任何人。

## 真题示例

(2009-2-13) 甲得知乙一直在拐卖妇女，便对乙说，我的表弟丙没有老婆，你有合适的就告诉我一下。不久，乙将拐骗的两名妇女带到甲家，甲与丙将其中一名妇女买下给丙做妻。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 乙构成拐卖妇女罪
- B. 甲构成拐卖妇女罪的共犯
- C. 甲构成收买被拐卖的妇女罪
- D. 丙构成收买被拐卖的妇女罪

答案：B。

解析：本题中，乙构成拐卖妇女罪没有问题，关键是甲是否构成拐卖妇女的共犯。从拐卖妇女的定义可知，成立拐卖妇女罪的主观要件是以出卖为目的，而甲不存在以出卖为目的的主观要件，因此，主客观不相符，甲不成立拐卖妇女的共犯。收买被拐卖的妇女罪是指不以出卖为目的，收买被拐卖的妇女的行为。丙收买妇女不是以出卖为目的，而是以娶妻为目的，甲与丙的目的是一样的，因此，甲与丙成立收买被拐卖的妇女罪的共犯。

## 重点法条

第二百四十一条 收买被拐卖的妇女、儿童的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照本法的有关规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，并有第二款、第三款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。

## 法条精解

收买被拐卖的妇女、儿童罪是指明知是被拐卖的妇女、儿童而予以收买的行为。

### 1. 罪数问题

(1) 收买被拐卖的妇女、儿童，并有强奸、非法拘禁、伤害、侮辱等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

(2) 收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依拐卖妇女、儿童罪定罪处罚。

### 2. 免责情节

收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。根据司法解释被买妇女与收买人已成婚，并愿意留在当地共同生活的，对收买人可以视为“按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地”，不追究刑事责任。

需要说明的是，如果有上述情节的行为人在收买被拐妇女、儿童后有强奸、非法拘禁等行为，虽然对收买被拐卖妇女、儿童罪可以不追究刑事责任，但应追究强奸罪、非法拘禁罪的责任。

## 重点法条

第二百四十二条 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的，依照本法第二百七十七条的规定定罪处罚。

聚众阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的首要分子，处5年以下有期徒刑或者拘役；其他参与者使用暴力、威胁方法的，依照前款的规定处罚。

## 法条精解

本条第2款规定的是聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪，需注意以下几点：

1. 对象：本罪只是针对被收买的妇女、儿童，不包括被拐卖的妇女儿童。如果以暴力、威胁聚众阻碍解救被拐卖的妇女、儿童，可能构成妨害公务罪。

2. 与妨害公务罪的区别：本罪只处罚首要分子。其他参加者如以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员



员解救被收买的妇女、儿童的，以妨害公务罪定罪处罚。

3. 与渎职罪的区别：《刑法》第416条规定了两个国家机关工作人员所实施的渎职犯罪，一个是不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪，一个是阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪。注意不要混淆。

## 重点法条

第二百四十三条 捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。

国家机关工作人员犯前款罪的，从重处罚。

不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不适用前两款的规定。

## 法条精解

诬告陷害罪要注意如下问题：

1. 错告或检举失实，不构成本罪。
2. 诬告陷害罪必须是捏造犯罪事实，意图使他人受刑事追究，如果捏造的不是犯罪事实，而是卖淫嫖娼等违法事实，则不构成此罪，情节严重，可以成立诽谤罪。
3. 国家机关工作人员犯本罪的，从重处罚。
4. 得到被害人同意的诬告陷害行为，或虚假的诬告陷害行为（报假案）不构成犯罪。

## 真题示例

（2007-2-13）下列哪种情形构成诬告陷害罪？

- A. 甲为了得到提拔，便捏造同事曹某包养情人并匿名举报，使曹某失去晋升机会
- B. 乙捏造“文某明知王某是实施恐怖活动的人而向其提供资金”的事实，并向公安部门举报
- C. 丙捏造同事贾某受贿10万元的事实，并写成500份传单在县城的大街小巷张贴
- D. 丁匿名举报单位领导王某贪污救灾款50万元。事后查明，王某只贪污了救灾款5000元

答案：B。

解析：诬告陷害罪是指捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的行为。根据《刑法》第243条规定，A项中甲捏造事实举报曹某是为了获得升职，而并不是想使他受到刑事追究。C项中丙捏造贾某受贿的事实，并写成传单在县城张贴的行为，并不能看出丙有使贾某受到刑事追究的意图。D项中，丁某举报王某贪污50万元，而查明王某只贪污5000元，丁某的行为属于错告或者检举失实，不构成诬告陷害罪。而B项中乙捏造文某项实施恐怖活动的王某提供资金的实施，并且直接向公安机关举报，可以看出乙明显是想让文某受到刑事追究，故此B项是正确的。

## 重点法条

第二百四十四条 用人单位违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的，对直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

## 法条精解

强迫职工劳动罪是指用人单位违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的行为。

1. 与非法拘禁罪的区别。本罪采取的方式是限制人身自由，如果采取剥夺人身自由的方法强迫职工劳动，应该以非法拘禁罪定性。
2. 与雇佣童工从事危重劳动罪的关系。《刑法修正案（四）》规定了雇佣童工从事危重劳动罪，这是雇佣未满16周岁的未成年人从事超强度体力劳动，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的行为。如果在强迫职工从事危重劳动，不仅有成年人，还有未满16周岁的未成年人，则应以强迫职工劳动罪和雇佣童工从事危重劳动罪数罪并罚。

## 真题示例

（2003-2-46）甲承包经营某矿井采矿业务。甲为了降低采矿成本，提高开采量，便动员当地矿工和





村民将子女带到矿井上班，并许诺给他们的子女以高工资。矿工和村民纷纷将他们的子女带到矿井上班，从事井下采矿作业，其中有二十余人 为 10 周岁 ~16 周岁的未成年人。后因甲所承诺的高工资未兑现，二十余名童工表示不想再干，要求离开矿井。甲不同意，并在矿井周围布上电铁丝网，雇用数十名守卫，禁止所有的矿工包括这二十余名童工离开矿井，强制他们为其采矿，其中一名年约 12 岁的童工因体质瘦弱而累死在井下。甲的行为构成何罪？

A. 非法拘禁罪

B. 强迫职工劳动罪

C. 雇用童工从事危重劳动罪

D. 重大责任事故罪

答案：BC。

**解析：**强迫职工劳动罪，是指用人单位违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的行为。雇用童工从事危重劳动罪，是指违反劳动管理法规，雇用未满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的行为。故选 BC。

## 重点法条

第二百四十五条 非法搜查他人身体、住宅，或者非法侵入他人住宅的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

司法工作人员滥用职权，犯前款罪的，从重处罚。

## 法条精解

1. 非法搜查罪，是指无权搜查的人擅自非法对他人的身体或者住宅进行搜查的行为。

(1) 本罪的客观方面表现为实施了非法搜查的行为。首先，必须有搜查行为，如搜索、检查、翻阅、挖掘、搜身、抄家等。其次，搜查的范围，既包括他人的人身，也包括他人的住宅。对车辆、船只等的搜查行为应具体分析，关键在于搜查车辆、船只的行为是否侵犯了公民的人身自由权利。如果得出肯定结论，则构成本罪。再次，搜查行为必须具有非法性，即无权搜查的人擅自对他人的身体或住宅进行搜查，或者有权搜查的人，不经批准擅自对他人的身体或住宅进行搜查。本罪的主观方面是故意，过失不可能构成本罪。非法搜查的动机多种多样，不同的动机不影响本罪的成立，但可以作为量刑的参考。

(2) 根据司法实践，具有下列情形之一的，应当追究刑事责任：①非法搜查他人身体、住宅，手段恶劣的；②非法搜查引起被搜查人精神失常、自杀或者造成财物严重损坏的；③司法工作人员对明知是与涉嫌犯罪无关的人身、场所进行非法搜查的；④3 次以上或者对 3 人（户）以上进行非法搜查的。

2. 非法侵入住宅罪是指非法强行闯入他人住宅，或者经要求退出仍拒绝退出，影响他人正常生活和居住安宁的行为。

(1) 本罪的客观方面表现为实施了非法侵入他人住宅的行为。所谓“非法”，是指未经住宅主人同意，又没有法律根据，或不依法定程序强行侵入。所谓“侵入”，一般认为包括两种情况：一是未经住宅主人允许，不顾主人的反对、阻挡，强行进入他人住宅；二是进入住宅时主人并不反对，但主人要求其退出时拒不退出。住宅不要求被害人永久居住其间，供人起居的帐篷以及供人住宿的宾馆房间，也属于住宅；无人居住的空房、仓库等，不应认定为住宅；不供起居寝食之用的店铺、研究室，不属于住宅。

(2) 本罪的主观方面只能是故意，由于某种原因误入他人住宅的，不构成本罪；但根据通说，误入他人住宅后，经要求退出而拒不退出的，仍然可能成立本罪。

从司法实践来看，非法侵入他人住宅，常常与其他犯罪结合在一起，非法侵入他人住宅往往只是为了实现某一犯罪目的，也可以说是实施其他犯罪的必经步骤。因此，只应按照行为人旨在实施的主要罪行定罪量刑，不按数罪并罚处理。通常只是对那些非法侵入他人住宅，严重妨碍了他人的居住与生活安宁，而又不构成其他犯罪的，才以非法侵入住宅罪论处。

## 重点法条

第二百四十六条 以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处 2 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。



## 《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第六条 在出版物中公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，依照刑法第二百四十六条的规定，分别以侮辱罪或者诽谤罪定罪处罚。

## 法条精解

1. 侮辱罪，是指使用暴力或者其他方法，公然败坏他人名誉，情节严重的行为。本罪的基本特征如下：

(1) 客观上表现为使用暴力或者其他方法，公然败坏他人名誉。

① 必须有败坏他人名誉的侮辱行为。侮辱，是指对他人予以轻蔑的价值判断的表示。侮辱方式可以分为三种：一是暴力侮辱。二是言词侮辱。三是文字侮辱。

② 侮辱行为必须公然进行。所谓“公然”侮辱，是指采用不特定或者多数人可能知悉的方式对他人进行侮辱。公然并不一定要求被害人在场。

③ 侮辱对象必须是特定的人。特定的人既可以是一人，也可以是数人，但必须是具体的，可以确认的。在大庭广众之下进行无特定对象的谩骂，不构成侮辱罪。死者不能成为本罪的侮辱对象，但如果行为人在表面上侮辱死者，实际上是侮辱死者家属的，则应认定为侮辱罪。法人也不能成为本罪对象。

(2) 主观上只能是故意，即行为人明知自己的侮辱行为会造成败坏他人名誉的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。如果行为人无意识地实施了有损于他人名誉的行为，则不能认定为侮辱罪。

(3) 根据刑法规定，只有情节严重的侮辱行为才构成侮辱罪。情节严重主要是指以下情况：手段恶劣的、侮辱行为造成严重后果的。

2. 诽谤罪是指捏造并散布某种事实，足以败坏他人名誉，情节严重的行为。

(1) 本罪客观上表现为捏造并散布某种事实，足以败坏他人名誉的行为。首先，必须有捏造事实的行为。所谓捏造，是指无中生有、凭空制造虚假事实。如果行为人散布的是有损他人名誉的真实事实，则不构成诽谤罪。其次，必须针对特定的人进行诽谤。特定的人既可以是一人，也可以是数人。诽谤时虽未具体指明被害人的姓名，但能推知出具体被害人的，仍构成诽谤罪。

(2) 本罪主观上必须出于故意，行为人明知自己散布的是足以损害他人名誉的虚假事实，明知自己的行为会发生损害他人名誉的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。

(3) 根据刑法规定，诽谤行为情节严重的才构成诽谤罪。情节严重主要是指手段恶劣、内容恶毒、后果严重等等。

3. 侮辱罪与强制猥亵、侮辱妇女罪的区别。侮辱罪与强制猥亵、侮辱妇女罪有相似之处，二者的区别表现在：前者侵犯的是他人名誉，后者侵犯的是性的自己决定权；前者的对象没有限制，后者的对象只能是妇女；前者不要求采取强制方法，后者必须采取暴力、胁迫等强制方法；前者必须公然实施侮辱行为，后者不要求公然实施；前者以情节严重为构成要件，后者不以情节严重为构成要件；前者是告诉才处理的犯罪，后者不是告诉才处理的犯罪。

4. 诽谤罪与侮辱罪的区别

(1) 诽谤罪只能采取口头或者文字的方法，不可能是暴力；而侮辱罪既可以采取口头、文字的方法，也可以采用暴力方法；

(2) 诽谤罪必须有捏造并散布有损他人名誉的虚假事实的行为；而侮辱罪既可以不用具体事实，也可以用真实事实损害他人名声，只要公然侮辱即可。

(3) 诽谤罪的实施可以是当众或者第三者面进行，也可以当着被害人的面进行，而侮辱罪的实施往往是当着被害人的面进行的。

5. 侮辱罪与损害商业信誉、商品声誉罪的区别。

侮辱罪的对象是自然人，其目的在于损害自然人的名誉；而损害商业信誉、商品声誉罪的对象还包括单位，其目的在于损害他人或者单位的商业信誉。

6. 侮辱罪的罪数

(1) 采用暴力手段侮辱有可能造成伤害结果，如果未达轻伤，只应以侮辱罪定罪。如果侮辱行为造成了轻伤以上结果，则属于想象竞合犯，应以故意伤害罪定性。

(2) 在公然强奸、强制猥亵侮辱妇女行为中，也存在侮辱行为，但由于这属于强奸罪和强制猥亵、侮辱妇女罪的加重情节，自然也就无需另定侮辱罪。



(3) 在收买被拐卖妇女过程中，又有侮辱行为，构成犯罪的，应该数罪并罚。

## 重点法条

第二百四十七条 司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处3年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百四十八条 监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。

监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的，依照前款的规定处罚。

## 法条精解

1. 刑讯逼供罪。其是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取口供的行为。本罪的基本特征如下：

(1) 客观上表现为对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取口供的行为。①刑讯的对象是侦查过程中的犯罪嫌疑人和起诉、审判过程中的刑事被告人。犯罪嫌疑人、被告人的行为实际上是否构成犯罪，对本罪的成立没有影响。②刑讯方法必须是使用肉刑或者变相肉刑。所谓肉刑，是指对被害人的肉体施行暴力，如吊打、捆绑、殴打以及其他折磨人的肉体的方法。所谓变相肉刑，一般是指对被害人使用非暴力的摧残和折磨，如冻、饿、烤、晒等。二者不存在实质区别，无论是使用肉刑还是变相肉刑，均可成立本罪。③必须有逼供行为，即逼迫犯罪嫌疑人、被告人做出行为人所期待的口供。没有使用肉刑与变相肉刑的诱供、指供，是错误的审讯方法，但不是刑讯逼供。

(2) 主体是司法工作人员，即有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。企业事业单位的公安机构在机构改革过程中虽尚未列入公安机关建制，其工作人员在行使侦查职责时，可以成为本罪主体。未受公安机关正式录用，受委托履行侦查、监管职责的人员或者合同制民警，也可以成为本罪主体。其他人员与司法工作人员伙同刑讯逼供的，以刑讯逼供罪的共犯论处。

(3) 主观上只能出于故意，并且具有逼取口供的目的。至于行为人是否得到供述，犯罪嫌疑人、被告人的供述是否符合事实，均不影响本罪成立，如果行为人对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑不是为了逼取口供，而是出于其他目的，则不构成本罪。犯罪动机不影响本罪成立。司法实践中常常因为行为人的动机出于“为公”（如为了迅速结案），就不以犯罪论处；动机出于“为私”（如为了挟嫌报复）时，才以犯罪论处。本书不赞成这种做法。因为不管是“为公”还是“为私”，刑讯逼供行为都侵犯了他人的人身权利。上述不同动机不应影响定罪。

### 2. 刑讯逼供罪的认定

(1) 区分刑讯逼供罪与非罪的界限。例如，司法实践中有人采取诱供、指供等错误审讯方式，有入采用情节显著轻微的刑讯逼供方法，对此不能以犯罪论处。另外，根据法律规定与实际需要，对犯罪嫌疑人、被告人使用械具进行审问的，是合法行为，不能视为刑讯逼供。

(2) 区分刑讯逼供罪与非法拘禁的界限。二者有相似之处，主要区别是：①对象不同：前者的对象是犯罪嫌疑人与被告；后者的对象没有特别限制。②行为表现不同：前者是使用肉刑或者变相肉刑；后者是非法拘禁或以其他方法剥夺他人人身自由。③主观内容不同：前者以逼取口供为目的；后者不要求以逼取口供为目的。④主体不同：前者是司法工作人员；后者是一般主体。一般公民将他人非法拘禁后进行“审问”的，应以非法拘禁罪论处，而不能认定为刑讯逼供罪。

3. 区分刑讯逼供罪与故意伤害罪、故意杀人罪的界限。二者的主要区别是：①对象不同：前者的对象是犯罪嫌疑人与被告；后者的对象没有限制。②行为表现不同：前者表现为使用肉刑或者变相肉刑，且不以造成身体损害为条件；后者表现为伤害、杀害行为。③主体不同：前者是司法工作人员；后者是一般主体。④主观内容不同：前者以逼取口供为目的；后者没有逼取口供的目的。但是，《刑法》第247条明文规定：刑讯逼供“致人伤残、死亡的”，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪并从重处罚。首先，这里的“伤残”应理解为重伤或残废，不包括轻伤在内。因为一般伤害的法定刑与刑讯逼供的法定刑相同，故对刑讯







逼供造成轻伤的，可以在刑讯逼供罪的法定刑内从重处罚，无须以故意伤害罪从重处罚。刑讯逼供致人死亡，是指由于暴力摧残或者其他虐待行为，致使被害人当场死亡或者经抢救无效死亡。刑讯逼供导致被害人自杀的，要根据具体情节分析认定，一般不宜认定为刑讯逼供致人死亡。其次，该规定属于法律拟制，即只要刑讯逼供致人伤害或者死亡，不管行为人对伤害或死亡具有何种心理状态，均应认定为故意伤害罪或故意杀人罪，并从重处罚。

4. 暴力取证罪。其指司法工作人员使用暴力逼取证人证言的行为。

本罪客观上表现为使用暴力逼取证人证言的行为。暴力是指对证人使用有形力的一切方法，暴力的程度没有限定；暴力的对象是证人，但对这里的“证人”宜作广义理解，即包括被害人；逼取证人证言，是指强迫证人做出特定内容的证言（包括被害人陈述）。本罪主体只限于司法工作人员，一般公民可以成为本罪的共犯。本罪主观方面只限于故意，以逼取证人证言为目的。

5. 虐待被监管人罪。其是指监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员，对被监管人进行殴打或体罚虐待，或者指使被监管人殴打或体罚虐待其他被监管人，情节严重的行为。

本罪客观方面表现为直接对被监管人进行殴打或体罚虐待，或者指使被监管人殴打或体罚虐待其他被监管人的行为。被监管人包括在监狱、拘役所等劳改场所服刑的已决犯；在看守所羁押的犯罪嫌疑人、被告人，在拘留所等场所被行政拘留、刑事拘留、司法拘留或劳动教养的人员。殴打，是造成被监管人肉体上的暂时痛苦的行为。体罚虐待，是指殴打以外的对被监管人实行折磨、摧残的行为。这里的殴打、体罚虐待不要求具有一贯性，一次性殴打、体罚虐待情节严重的，就足以构成犯罪。行为人直接实施殴打、体罚虐待行为，或者利用被监管人实施殴打、体罚虐待行为的，均可成立本罪。但是，在犯人可能有逃跑、暴行或其他危险性行为的时候，经批准使用械具的，以及依法对犯人给予禁闭处罚的，属于合法行为，不成立本罪。

本罪主体是监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员，包括劳教工作干警。其他公民可以构成本罪的共犯。

本罪主观方面只能是故意，行为人明知自己的行为会造成侵犯被监管人人身权利的结果，并且希望或者放任这种结果发生，行为人一般是出于某种动机对被监管人进行肉体摧残与精神折磨。如果司法工作人员为了逼取口供而对犯罪嫌疑人、被告人实行殴打或体罚虐待，则成立刑讯逼供罪。

根据刑法规定，对被监管人实行殴打或体罚虐待的行为，情节严重的，才构成犯罪。根据司法实践，具有下列情形之一的，应予追诉：①造成被监管人轻伤的；②致使被监管人自杀、精神失常或其他严重后果的；③对被监管人3人以上或3次以上实施殴打、体罚虐待的；④手段残忍、影响恶劣的；⑤指使被监管人殴打、体罚虐待其他被监管人，具有上述情形之一的。

另外，关于刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人员罪这三个犯罪，要注意以下问题：

（1）犯罪主体都是司法机关工作人员，除此以外本章中的非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、报复陷害罪的主体也都是国家机关工作人员。因此，如果非司法工作人员私设公堂，使用暴力“审问”他人，不能定刑讯逼供罪，而要根据具体情况，以非法拘禁罪、故意伤害罪定罪处罚。

（2）这三个犯罪都存在转化犯规定，即致人伤残、死亡的，都转化为故意伤害罪或故意杀人罪。

（3）三罪的区别：刑讯逼供罪是司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供；暴力取证罪是对证人用暴力逼取证言；虐待被监管人员罪则是监管机构的司法工作人员（监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员）对被监管人进行殴打或者体罚虐待的行为。注意三者犯罪对象上存在区别。

## 重点法条

第二百五十二条 隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的，处1年以下有期徒刑或者拘役。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百五十三条 邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的，处2年以下有期徒刑或者拘役。

犯前款罪而窃取财物的，依照本法第二百六十四条的规定定罪从重处罚。

第二百五十三条之一 国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员，违反国家规定，将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者非法提供给他人，情节严重



的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

窃取或者以其他方法非法获取上述信息，情节严重的，依照前款的规定处罚。

## 法条精解

刑法第252、253条分别规定了侵犯通信自由罪，私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪这两个罪名，在考试中，需要注意如下问题：

1. 侵犯通信自由罪是隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的行为。根据法律规定，非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料，侵犯公民通信自由或通信秘密构成犯罪的，也以此罪定性。

2. 私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪是邮政工作人员所实施的，如果在实施此行为时窃取财物的，应以盗窃罪从重处罚。《刑法修正案（七）》补充规定的《刑法》第253条第1款的罪名为出售、非法提供公民个人信息罪，第2款的罪名是非法获取公民个人信息罪。

3. 《最高人民法院关于非邮电工作人员非法开拆他人信件并从中窃取财物案件定性问题的批复》规定：①非邮电工作人员非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重，并从中窃取少量财物，或者窃取汇款、汇款支票，骗取汇兑款数额不大的，依照刑法关于侵犯公民通信自由罪的规定，从重处罚。②非邮电工作人员非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重，并从中窃取财物数额较大的，应按照重罪吸收轻罪的原则，依照刑法关于盗窃罪的规定从重处罚。③非邮电工作人员非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重，并从中窃取汇票或汇款支票，冒名骗取汇兑款数额较大的，应依照刑法关于侵犯公民通信自由罪和诈骗罪的规定，依法实行数罪并罚。

## 重点法条

第二百五十四条 国家机关工作人员滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的，处2年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处2年以上7年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百五十五条 公司、企业、事业单位、机关、团体的领导人，对依法履行职责、抵制违反会计法、统计法行为的会计、统计人员实行打击报复，情节恶劣的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 法条精解

报复陷害罪，是指国家机关工作人员滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的行为。本罪的性质是侵犯公民的控告权、申诉权、批评监督权与举报权。本罪的主要特征是：

1. 客观上必须滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实施报复陷害行为。首先，行为人必须滥用职权、假公济私，即违反有关规定，超出职权范围，假借公事名义，陷害他人。其次，报复陷害的对象必须是控告人、申诉人、批评人与举报人。控告人是向司法机关或其他有关国家机关告发国家机关工作人员违法失职行为的人；申诉人是指对自己或亲属所受的处分不服，请求改变或撤销处分的人；批评人是指对国家机关及其工作人员提出批评建议的人；举报人是指向司法机关及其他有关部门检举、报告违法犯罪行为的人。这里的控告人、申诉人、批评人与举报人，并不限于对实施本罪的国家机关工作人员进行控告、申诉、批评与举报的人。因为一切公民的控告权、申诉权、批评权与举报权都受法律保护，要做到这一点，就不能允许国家机关工作人员对任何控告人、申诉人、批评人与举报人进行报复陷害，否则就不利于保护公民的民主权利和国家机关的正常活动。

2. 主体必须是国家机关工作人员。一般公民不可能实施上述行为，只能实施一种单纯的报复行为，触犯刑法的，应根据其行为的性质、情节、危害程度，以其他犯罪论处。

3. 主观上必须是故意，行为人明知自己的报复陷害行为会发生侵犯他人民主权利及国家机关正常活动的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。

4. 报复陷害罪应注意和诬告陷害罪的区别：

(1) 本罪的主体是国家机关工作人员，而诬告陷害罪的主体是一般主体，国家机关工作人员诬告陷害从重处罚。

(2) 在报复陷害罪中，国家机关工作人员的报复陷害行为需要与其职权有联系，而诬告陷害与职权没



有关系。

(3) 报复陷害的目的是陷害他人，并不限于让被害人受到刑事处罚，而诬告陷害必须具有让被害人受到刑事追诉的目的。

(4) 报复陷害罪的犯罪对象是特定的，只限于控告人、申诉人、批评人和举报人，而诬告陷害罪的犯罪对象没有限定。

## 重点法条

第二百五十七条 以暴力干涉他人婚姻自由的，处2年以下有期徒刑或者拘役。

犯前款罪，致使被害人死亡的，处2年以上7年以下有期徒刑。

第一款罪，告诉的才处理。

## 法条精解

1. 暴力干涉婚姻自由罪，是指以暴力干涉他人结婚或离婚自由的行为。本罪的本质是侵犯他人的婚姻自由权利。婚姻自由包括结婚自由与离婚自由。本罪的主要特征如下：

(1) 客观方面表现为以暴力干涉他人婚姻自由的行为。首先，要求行为人实施暴力行为。其次，暴力行为只是干涉他人婚姻自由的手段，易言之，必须有干涉他人婚姻自由的行为。暴力行为不是干涉婚姻自由的手段，或者干涉婚姻自由而没有使用暴力的，均不构成本罪。

(2) 主体为已满16周岁，具有辨认控制能力的自然人。行为人与被害人是否具有某种特定关系，不影响本罪的成立。

(3) 主观要件为故意，行为人明知自己以暴力干涉婚姻自由的行为会造成他人不能自由结婚或离婚的危害结果，并且希望或者放任这种结果发生。

### 2. 暴力干涉婚姻自由罪的认定

(1) 没有使用暴力或使用极为轻微的暴力干涉他人婚姻自由的，属于一般违反婚姻法的行为，不能认定为暴力干涉婚姻自由罪。反之，以故意杀人、故意重伤方法干涉他人婚姻自由的，则对人身权利的侵害超过了对婚姻自由的妨害，应以相应的犯罪论处，而不宜认定为暴力干涉婚姻自由罪。一贯以暴力干涉婚姻自由，只要其中一次属于故意杀人或故意重伤行为，则构成暴力干涉婚姻自由罪与故意杀人罪或故意重伤罪，实行数罪并罚。

(2) 丈夫因不同意妻子与自己离婚而对妻子实施暴力的，考虑到夫妻之间的特定关系，一般不以本罪处理。如果符合虐待罪的构成要件，可按虐待罪论处。

(3) 对抢婚案件应具体分析，区别处理。某些少数民族地区的抢婚习俗，是结婚的一种方式，不能以本罪论处。因向女方求婚遭到拒绝，而纠集多人使用暴力将女方劫持或绑架于自己家中，强迫女方与自己结婚的，应以本罪论处；如符合非法拘禁罪的构成要件，则属于一个行为触犯数罪名，从一重罪论处。

(4) 这是以暴力干涉他人婚姻自由的行为。婚姻自由既包括结婚自由，也包括离婚自由。本罪是亲告罪，不告不理。另外本罪的结果加重犯是致使被害人死亡，如果致使被害人重伤，不属于结果加重犯。如果采取故意杀人、故意伤害（重伤）的行为来干涉婚姻自由，不能认定为暴力干涉婚姻自由罪，应以故意伤害罪、故意杀人罪处罚。

## 重点法条

第二百五十八条 有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处2年以下有期徒刑或者拘役。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百五十九条 明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。

## 法条精解

1. 重婚罪是指有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。根据司法解释，在法律婚之后又有法律婚或事实婚（公开以夫妻名义长期生活在一起）的，应以重婚罪处罚。重婚罪是轻罪，其追诉



时间为5年，但其系继续犯，故在计算追诉时间应该从犯罪行为终了之日起计算。

2. 破坏军婚罪是指明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的行为。同居不是事实婚姻，它是以两性关系为基础，同时还有经济上或其他生活上的特殊关系，包括公开同居与秘密同居两种。破坏军婚与重婚罪是法条竞合关系，如果与现役军人配偶重婚，应以特别法破坏军婚罪论处。如果利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，应以强奸罪定罪处罚。

3. 破坏军婚罪与重婚罪的区别。二者的区别主要表现在：破坏军婚罪中与行为人相对的另一方必须是现役军人的配偶，重婚罪则无这一要求；破坏军婚罪的行为包括与现役军人的配偶结婚或者同居的行为，重婚罪的行为是有配偶而重婚或者明知他人有配偶而与之结婚；破坏军婚罪中的现役军人的配偶一般不构成本罪，重婚罪中的对方只要符合构成要件也构成重婚罪。

## 重点法条

第二百六十条 虐待家庭成员，情节恶劣的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致使被害人重伤、死亡的，处2年以上7年以下有期徒刑。

第一款罪，告诉的才处理。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百六十一条 对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

## 法条精解

1. 《刑法》第260条规定的虐待罪是指对共同生活的家庭成员经常以打骂、捆绑、冻饿、强迫过度劳动、有病不给治病或者其他方法进行摧残折磨，情节恶劣的行为。有以下几点需注意：

(1) 虐待行为要求具有经常性、且情节恶劣。

(2) 本罪是亲告罪，但造成重伤、死亡的除外。

(3) 本罪犯罪对象是共同生活的家庭成员。

(4) 虐待行为致被害人重伤、死亡的，仍定虐待罪，属于虐待罪的结果加重犯。“致人重伤”，指因经常受虐待或有病得不到及时有效的治疗而逐渐形成的重伤。“致人死亡”，是指因被害人经常受虐待逐渐导致不正常死亡或引起被害人自杀死亡。如果行为人在虐待过程中，出于故意，一次暴力行为而造成被害人重伤或死亡的，应当区别情况，分别以故意伤害罪或故意杀人罪论处，如果前面的虐待行为已经构成犯罪，还应数罪并罚。

2. 遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的行为。由于本罪在旧刑法中属于妨害婚姻家庭的犯罪，故通说认为，本罪的本质是侵犯被害人受扶养的权利。一般认为，遗弃罪具有以下特征：

(1) 犯罪客观要件是对年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，应当扶养而拒绝扶养的行为。“年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人”，是指因年老、年幼、患病或其他原因，丧失劳动能力或生活自理能力，不能独立生活的人。“拒绝扶养”，是指拒不履行扶养义务，如不提供经济供给，不给予必要照料。

(2) 犯罪主体必须是对被遗弃人负有法律上的扶养义务而且具有扶养能力的人。

(3) 犯罪主观要件是故意。即行为人明知自己应当履行扶养义务，也有扶养能力，明知自己不履行扶养义务的行为侵害了他人受扶养的权利，会给被害人造成生命、身体危险，但拒绝扶养。

(4) 遗弃行为情节恶劣的，才构成犯罪。是否情节恶劣，要依据行为的手段、后果、行为人的动机等进行综合评价。

### 3. 遗弃罪与故意杀人罪的区别

遗弃罪是给被害人的生命、身体造成危险的犯罪；故意杀人罪是剥夺被害人生命的犯罪。二者的性质与危害程度相差较大，在通常情况下容易区别，但遗弃罪与故意杀害家庭成员的犯罪有时也难以区分。应重点考察生命所面临的危险是否紧迫，生命对作为义务的依赖程度，行为人履行义务的难易程度，行为是否会立即导致他人死亡等因素，判断成立遗弃罪还是故意杀人罪。就主观方面而言，遗弃罪的行为人并不希望或者放任被害人死亡，只是对被害人生命、身体的危险持希望或者放任态度；而故意杀人罪的行为人



则希望或者放任被害人死亡。

## 重点法条

第二百六十二条 拐骗不满 14 周岁的未成年人，脱离家庭或者监护人的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

## 法条精解

1. 拐骗儿童罪，是指采用蒙骗、利诱或其他方法，使不满 14 周岁的未成年人脱离家庭或者监护人的行为。本罪的行为对象是不满 14 周岁的未成年人。客观上表现为拐骗不满 14 周岁的儿童脱离家庭或者监护人的行为；拐骗行为既可以针对儿童实行，也可以针对儿童的家长或监护人实行；拐骗的手段主要表现为蒙骗、利诱，将儿童偷走、抢走的行为也不影响本罪的成立。主观上表现为故意，即明知是不满 14 周岁的未成年人，而故意拐骗使之脱离家庭或者监护人。

2. 拐骗儿童罪与拐卖儿童罪有相似之处：对象都是不满 14 周岁的儿童，都主要使用蒙骗、利诱手段。但二者有严格区别。拐骗儿童罪的行为人主观上是为了收养或使唤、奴役等等，拐卖儿童罪的行为人主观上是为了贩卖牟利。因此，行为人是否具有出卖的目的，是区分两罪的关键。

3. 拐骗儿童罪与绑架罪也有相同之处，但后者是拐骗他人作为人质，用以向其家长、监护人、亲属等人勒索钱财或实现其他不法要求，二者的性质与危害存在很大区别。拐骗儿童后产生出卖或勒索目的，进而出卖儿童或者以暴力、胁迫等手段对儿童进行实力支配以勒索钱财的，应分别认定为拐卖儿童罪或绑架罪，与拐骗儿童罪实行并罚。

4. 本罪与拐卖儿童罪的区别在于是否以出卖为目的。如果行为拐骗的目的在于出卖，显然应以拐卖儿童罪定罪，如果其目的不是为了出卖，而是为了收养或使唤、奴役等，则应以拐骗儿童罪定罪。

5. 《刑法修正案（六）》增加了组织残疾人、儿童行乞罪。此罪是指以暴力、胁迫手段组织残疾人或者不满 14 周岁的未成年人乞讨的行为。这是《刑法修正案（六）》规定的新罪。如果将人打残之后再组织行乞的，应该以故意伤害罪与此罪数罪并罚。

## 真题示例

（2007-2-55）李某以出卖为目的偷盗一名男童，得手后因未找到买主，就产生了自己抚养的想法。在抚养过程中，因男童日夜啼哭，李某便将男童送回家中。关于李某的行为，下列哪些选项是错误的？

- A. 构成拐卖儿童罪
- B. 构成拐骗儿童罪
- C. 属于拐卖儿童罪未遂
- D. 属于拐骗儿童罪中止

答案：BCD。

解析：本题要区分拐卖儿童罪与拐骗儿童罪。拐卖儿童罪是指以出卖为目的的拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转儿童的行为。而拐骗儿童罪是指用蒙骗、利诱或者其他方法使不满 14 周岁的未成年人，脱离家庭或者监护人的行为。本案中李某以出卖为目的，“偷盗”一名男童，因此构成拐卖儿童罪。所以 A 正确，B 错误，同时 D 也错误。根据拐卖儿童罪的定义可以看出，拐卖儿童罪是行为犯，只要实行了拐卖儿童的行为即构成犯罪既遂，所以 C 是错误的。本题要求考生选择错误的选项，所以应选 BCD。

## 重点法条

第二百六十三条 以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：

- （一）入户抢劫的；
- （二）在公共交通工具上抢劫的；
- （三）抢劫银行或者其他金融机构的；
- （四）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；
- （五）抢劫致人重伤、死亡的；
- （六）冒充军警人员抢劫的；
- （七）持枪抢劫的；
- （八）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。





## 【关联法条】

### 《最高人民法院关于审理抢劫案件具体适用法律若干问题的解释》

第一条 刑法第二百六十三条第（一）项规定的“入户抢劫”，是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为。

对于入户盗窃，因被发现而当场使用暴力或者以暴力相威胁的行为，应当认定为入户抢劫。

第二条 刑法第二百六十三条第（二）项规定的“在公共交通工具上抢劫”，既包括在从事旅客运输的各种公共汽车、大、中型出租车、火车、船只、飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫，也包括对运行途中的机动公共交通工具加以拦截后，对公共交通工具上的人员实施的抢劫。

第三条 刑法第二百六十三条第（三）项规定的“抢劫银行或者其他金融机构”，是指抢劫银行或者其他金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等。

抢劫正在使用中的银行或者其他金融机构的运钞车的，视为“抢劫银行或者其他金融机构”。

第五条 刑法第二百六十三条第（七）项规定的“持枪抢劫”，是指行为人使用枪支或者向被害人显示持有、佩带的枪支进行抢劫的行为。“枪支”的概念和范围，适用《中华人民共和国枪支管理法》的规定。

### 《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》

#### 一、关于“入户抢劫”的认定

根据《抢劫解释》第一条规定，认定“入户抢劫”时，应当注意以下三个问题：一是“户”的范围。“户”在这里是指住所，其特征表现为供他人家庭生活和与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。一般情况下，集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚等不应认定为“户”，但在特定情况下，如果确实具有上述两个特征的，也可以认定为“户”。二是“入户”目的的非法性。进入他人住所须以实施抢劫等犯罪为目的。抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是在户内临时起意实施抢劫的，不属于“入户抢劫”。三是暴力或者暴力胁迫行为必须发生在户内。入户实施盗窃被发现，行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为“入户抢劫”；如果发生在户外，不能认定为“入户抢劫”。

#### 二、关于“在公共交通工具上抢劫”的认定

公共交通工具承载的旅客具有不特定多数人的特点。根据《抢劫解释》第二条规定，“在公共交通工具上抢劫”主要是指在从事旅客运输的各种公共汽车、大、中型出租车、火车、船只、飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫。在未运营中的大、中型公共交通工具上针对司售、乘务人员抢劫的，或者在小型出租车上抢劫的，不属于“在公共交通工具上抢劫”。

### 《最高人民法院关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》

行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚。

行为人实施抢劫后，为灭口而故意杀人的，以抢劫罪和故意杀人罪定罪，实行数罪并罚。

## 法条精解

抢劫罪是以非法占有为目的，当场使用暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取财物的行为。

#### 1. 客观方面

抢劫罪必须当场使用暴力等强制手段，当场获得财物，这两个“当场”必须同时具备。

##### （1）强制手段

抢劫罪中的强制手段有暴力、胁迫或者其他方法。这些方法都足以导致被害人不能反抗、不知反抗或不敢反抗。

暴力方法是对财物的所有人、保管人、占有人不法使用有形力，使被害人不敢反抗的行为，如殴打、捆绑、禁闭等。胁迫方法是指以当场立即使用暴力相威胁，足以使被害人产生恐惧心理而不敢反抗。这种胁迫必须具有当场可实施性，如果胁迫在当场无法实施，如不给钱，三天之后杀你全家，这就不属于抢劫，而是敲诈勒索。其他方法，是除暴力、胁迫以外的使被害人不能反抗的强制手段。如用药品将人迷倒，然





后将其财物取走，又如采用非法拘禁的手段取得劫取财物。如甲去一餐馆吃晚饭，时值该餐馆打烊，服务员已下班离去，只有老板乙在清账理财。在甲再三要求之下，乙无奈亲自下厨准备饭菜。甲趁机将厨房门反锁，致乙欲出不能，只能从递菜窗口眼看着甲打开柜台抽屉拿走一千余元离去。甲的拘禁行为导致乙不能反抗，构成抢劫。

## (2) 时间条件

抢劫罪必须当场施加强制行为，同时还要当场获得财物，如果是事后取财，则不成立抢劫。这里需要注意的是对于当场理解不能过于狭窄，即使强制行为与取得财物的行为之间虽然不属于同一场所，但只要从整体上看行为并无间断，也属于当场取财。如1999年试题，甲、乙二人于某日晚将私营业主丙从工厂绑架至市郊的一空房内，将丙的双手铐在窗户铁栏杆上，强迫丙答应交付3万元的要求。约2小时后，甲、乙强行将丙带回工厂，丙从保险柜取出仅有的1.7万元交给甲、乙。在这个案件中，取财行为与强制行为并未割裂，在整体上没有间断，因此属于抢劫，而非绑架。

## 2. 主观方面

抢劫罪是故意犯罪，并且是目的犯，具有非法占有的目的。如果是为了索取合法债务而使用暴力的，不成立抢劫罪，根据情况可成立故意伤害罪，非法拘禁罪，非法侵入住宅罪。

## 3. 客体

抢劫罪侵害的客体是复杂客体，既有人身权利又有财产权利，这和绑架罪一样，因此抢劫行为只要出现劫取财物或造成轻伤结果之一的，就可以成立抢劫罪的既遂。

抢劫罪的犯罪对象是他人所有的、保管的或占有的财物。不管对财物的拥有是否合法，也不论这种财物是否是违禁物品，都可以成为抢劫罪的对象。以毒品、假币、淫秽物品等违禁品为对象，实施抢劫的，以抢劫罪定罪；抢劫的违禁品数量作为量刑情节予以考虑。抢劫违禁品后又以违禁品实施其他犯罪的，由于这又侵害了新的法益，所以不属于不罚之后行为，应以抢劫罪与具体实施的其他犯罪实行数罪并罚。

## 4. 八种加重抢劫情节

《刑法》第263条规定了八种加重情节，有此情节之一应处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：

### (1) 入户抢劫的

根据司法解释，认定“入户抢劫”时，应当注意以下三个问题：一是“户”的范围。“户”在这里是指住所，其特征表现为供他人家庭生活或与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。一般情况下，集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚等不应认定为“户”，但在特定情况下，如果确实具有上述两个特征的，也可以认定为“户”。二是“入户”目的的非法性。进入他人住所须以实施抢劫等犯罪为目的。抢劫行为虽然发生在户内，但行为人并不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是在户内临时起意实施抢劫的，不属于“入户抢劫”。三是暴力或者暴力胁迫行为必须发生在户内。入户实施盗窃被发现，行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为“入户抢劫”；如果发生在户外，不能认定为“入户抢劫”。

由于入户抢劫侵害了他人的住宅安宁权，因此户还包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为。

### (2) 在公共交通工具上抢劫的

公共交通工具承载的旅客具有不特定多数人的特点。根据司法解释，“在公共交通工具上抢劫”主要是指在从事旅客运输的各种公共汽车、大、中型出租车、火车、船只、飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫。在未运营中的大、中型公共交通工具上针对司售、乘务人员抢劫的，或者在小型出租车上抢劫的，不属于“在公共交通工具上抢劫”。另外，对运行途中的机动公共交通工具加以拦截后，对公共交通工具上的人员实施的抢劫也属于“在公共交通工具上抢劫”。

### (3) 抢劫银行或者其他金融机构的

这是指抢劫银行或者其他金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等。抢劫银行等金融机构的电脑、文件等办公用品不属于此类抢劫。抢劫正在使用中的银行或者其他金融机构的运钞车的，视为“抢劫银行或者其他金融机构”。

### (4) 多次抢劫或者抢劫数额巨大的

“多次抢劫”是指抢劫三次以上。对于“多次”的认定，应以行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪为前提，综合考虑犯罪故意的产生、犯罪行为实施的时间、地点等因素，客观分析、认定。对于行为

人基于一个犯意实施犯罪的，如在同一地点同时对在场的多人实施抢劫的；或基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪的，如在同一地点连续地对途经此地的多人进行抢劫的；或在一次犯罪中对一栋居民楼房中的几户居民连续实施入户抢劫的，一般应认定为一次犯罪。

#### （5）抢劫致人重伤、死亡的

“抢劫致人重伤、死亡”既包括行为人的暴力等行为过失致人重伤、死亡，也包括行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或在劫取财物的过程中，为了制服被害人反抗而故意杀人。

#### （6）冒充军警人员抢劫的

这是指冒充军人或警察抢劫。真军警显示军警身份抢劫不属于此类抢劫，军人冒充警察，或警察冒充军人抢劫，可以此种情节论处。

#### （7）持枪抢劫的

“持枪抢劫”，是指行为人使用枪支或者向被害人显示持有、佩带的枪支进行抢劫的行为。“枪支”的概念和范围，适用《枪支管理法》的规定。因此，此处的枪不包括假枪。

#### （8）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的

此处的军用物资仅限于武装部队（包括武装警察）的物资，不包括公安警察使用的物资。

### 5. 几种特殊的抢劫罪

在刑法中，有三种特殊的抢劫

（1）聚众“打砸抢”毁坏或抢走公私财物的，对首要分子定抢劫罪（刑法第289条）。

（2）携带凶器抢夺的，以抢劫罪定罪处罚（刑法第267条）。

根据司法解释，“携带凶器抢夺”，是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。行为人随身携带国家禁止个人携带的器械以外的其他器械抢夺，但有证据证明该器械确实不是为了实施犯罪准备的，不以抢劫罪定罪；行为人为将随身携带凶器有意加以显示、能为被害人察觉到的，直接适用抢劫罪的规定定罪处罚；行为人携带凶器抢夺后，在逃跑过程中为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，适用“携带凶器抢夺的，以抢劫罪定罪处罚”的规定定罪处罚。

（3）转化型抢劫：犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，以抢劫罪的规定定罪处罚。

① 行为人必须实施了盗窃、诈骗、抢夺罪。根据司法解释，行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻、危害不大的，一般不以犯罪论处；但具有下列情节之一的，可依照《刑法》第269条的规定，以抢劫罪定罪处罚：盗窃、诈骗、抢夺接近“数额较大”标准的；入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；使用暴力致人轻微伤以上后果的；使用凶器或以凶器相威胁的；具有其他严重情节的。

② 必须当场使用暴力或者以暴力相威胁。当场是指行为人实施盗窃等行为的现场以及被人追捕的整个过程和现场。如果东西被盗窃，次日才发现，失主前去主张权利，被盗窃犯打伤，就不能构成转化型抢劫。此处的暴力或暴力威胁必须达到足以抑制他人反抗的程度。

③ 使用暴力或者以暴力相威胁的目的是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。窝藏赃物是指保护已经取得的赃物不被恢复到应有状态；抗拒抓捕是指拒绝司法人员的拘留，逮捕和一般公民的扭送；毁灭罪证是指毁坏，消灭本人的犯罪证据。

④ 已满14周岁不满16周岁的人不成立转化型抢劫，如果盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。已满16周岁不满18周岁的人可以成立转化型抢劫，但情节轻微的，可以不以抢劫罪定罪处罚。

⑤ 注意加重情节与转化型抢劫竞合问题。入户实施盗窃被发现，行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为“入户抢劫”；如果发生在户外，不能认定为“入户抢劫”。

### 6. 抢劫罪的认定

#### （1）抢劫罪与故意杀人罪的区别

《最高人民法院关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》规定：行为人为劫取财物而预谋故







意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚。因此，如果行为人以抢劫财物为目的，以故意杀人作为手段将被害人杀死的，仍以抢劫罪一罪定罪处罚。如果在抢劫财物之后，为了逃避侦查、审判等目的而伤害或杀害被害人的，应以抢劫与故意伤害罪或故意杀人罪实行并罚。如果本无抢劫之意，基于其他动机故意伤害或杀死他人后，临时起意，顺手牵羊拿走他人财物的，应以故意伤害罪或故意杀人罪与盗窃罪实行并罚。

#### (2) 抢劫罪与敲诈勒索罪、招摇撞骗罪的区别

行为人冒充正在执行公务的人民警察“抓赌”、“抓嫖”，没收赌资或者罚款的行为，构成犯罪的，以招摇撞骗罪从重处罚；在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的，以抢劫罪定罪处罚。行为人冒充治安联防队员“抓赌”、“抓嫖”、没收赌资或者罚款的行为，构成犯罪的，以敲诈勒索罪定罪处罚；在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的，以抢劫罪定罪处罚。

#### (3) 抢劫罪与强迫交易罪的区别

以暴力、胁迫手段索取超出正常交易价钱、费用的钱财的行为定性：从事正常商品买卖、交易或者劳动服务的人，以暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相差不大钱物，情节严重的，以强迫交易罪定罪处罚；以非法占有为目的，以买卖、交易、服务为幌子采用暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相悬殊的钱物的，以抢劫罪定罪处罚。在具体认定时，既要考虑超出合理价钱、费用的绝对数额，还要考虑超出合理价钱、费用的比例，加以综合判断。

#### (4) 抢劫罪与绑架罪的区别

绑架罪是侵害他人人身自由权利的犯罪，其与抢劫罪的区别在于：①主观方面不尽相同。抢劫罪中，行为人一般出于非法占有他人财物的故意实施抢劫行为，绑架罪中，行为人既可能为勒索他人财物而实施绑架行为，也可能出于其他非经济目的实施绑架行为；②行为手段不尽相同。抢劫罪表现为行为人劫取财物一般应在同一时间、同一地点，具有“当场性”；绑架罪表现为行为人以杀害、伤害等方式向被绑架人的亲属或其他人或单位发出威胁，索取赎金或提出其他非法要求，劫取财物一般不具有“当场性”。如果行为人直接向被绑架人索取财物，或者被害人指示他人向行为人交付财物，但并未透露自己被绑架的事实，都应该以抢劫罪，而非绑架罪定性。

绑架过程中又当场劫取被害人随身携带财物的，同时触犯绑架罪和抢劫罪两罪名，应择一重罪定罪处罚。

#### (5) 抢劫罪与寻衅滋事罪的界限

寻衅滋事罪是严重扰乱社会秩序的犯罪，行为人实施寻衅滋事的行为时，客观上也可能表现为强拿硬要公私财物的特征。这种强拿硬要的行为与抢劫罪的区别在于：前者行为人主观上还具有逞强好胜和通过强拿硬要来填补其精神空虚等目的，后者行为人一般只具有非法占有他人财物的目的；前者行为人客观上一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物，而后者行为人则以暴力、胁迫等方式作为劫取他人财物的手段。司法实践中，对于未成年人使用或威胁使用轻微暴力强抢少量财物的行为，一般不宜以抢劫罪定罪处罚。其行为符合寻衅滋事罪特征的，可以寻衅滋事罪定罪处罚。

#### (6) 抢劫罪与故意伤害、强奸罪的关系

如果行为人实施伤害、强奸等犯罪行为，在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意劫取他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与抢劫罪实行数罪并罚；在被害人失去知觉或者没有发觉的情形下，以及实施故意杀人犯罪行为之后，临时起意拿走他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与盗窃罪实行数罪并罚。

(7) 抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的，以抢劫罪定罪，但行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象，一般不以抢劫罪定罪处罚。构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处罚。

(8) 为个人使用，以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的，一般不以抢劫罪定罪处罚，构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处理；教唆或者伙同他人采取暴力、胁迫等手段劫取家庭成员或近亲属财产的，可以抢劫罪定罪处罚。

#### 7. 抢劫罪的既遂与未遂

抢劫罪侵犯的是复杂客体，既侵犯财产权利又侵犯人身权利，具备劫取财物或者造成他人轻伤以上后果两者之一的，均属抢劫既遂；既未劫取财物，又未造成他人人身伤害后果的，属抢劫未遂。据此，《刑法》第263条规定的八种处罚情节中除“抢劫致人重伤、死亡的”这一结果加重情节之外，其余七种处罚情节同样存在既遂、未遂问题，其中属抢劫未遂的，应当根据刑法关于加重情节的法定刑规定，结合未遂犯的处理原则量刑。也就是说只要抢劫出现了致人重伤、死亡的结果，即使未抢劫到财物，也应予以加重



抢劫的既遂论处，因为它已经侵害了人身权利，不存在未遂问题。但在其他七种加重抢劫罪中，存在加重抢劫的未遂。比如在入户抢劫中既没有伤人，又未获取财物，就应该在加重抢劫罪的刑罚幅度内，从轻或减轻处罚。

#### 8. 抢劫犯罪数额的计算

抢劫信用卡后使用、消费的，其实际使用、消费的数额为抢劫数额；抢劫信用卡后未实际使用、消费的，不计数额，根据情节轻重量刑。所抢信用卡数额巨大，但未实际使用、消费或者实际使用、消费的数额未达到巨大标准的，不适用“抢劫数额巨大”的法定刑。

为抢劫其他财物，劫取机动车辆当作犯罪工具或者逃跑工具使用的，被劫取机动车辆的价值计入抢劫数额；为实施抢劫以外的其他犯罪劫取机动车辆的，以抢劫罪和实施的其他犯罪实行数罪并罚。

抢劫存折、机动车辆的数额计算，参照执行《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》的相关规定。

### 真题示例

(2009-2-19) 甲、乙、丙、丁共谋诱骗黄某参赌。四人先约黄某到酒店吃饭，甲借机将安眠药放入黄某酒中，想在打牌时趁黄某不清醒合伙赢黄某的钱。但因甲投放的药品剂量偏大，饭后刚开牌局黄某就沉沉睡去，四人趁机将黄某的钱包掏空后离去。上述四人的行为构成何罪？

- A. 赌博罪
- C. 盗窃罪

- B. 抢劫罪
- D. 诈骗罪

答案：B。

**解析：**本题考核抢劫罪的认定。抢劫罪是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或其他方法，强行取得公私财物的行为。其手段行为包括使用暴力、胁迫或者其他方法。其他方法，是指除暴力、胁迫以外，对被害人采取用酒灌醉、用药麻醉等手段，使被害人不知反抗或者丧失反抗能力的方法。本题中，甲乙丙丁有非法取得被害人财物的故意，在行为上有采取用酒灌醉使被害人丧失反抗能力的方法获得被害人财物的行为。甲乙丙丁构成抢劫罪。

### 重点法条

第二百六十四条 盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：

- (一) 盗窃金融机构，数额特别巨大的；
- (二) 盗窃珍贵文物，情节严重的。

#### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》

第七条 将电信卡非法充值后使用，造成电信资费损失数额较大的，依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪定罪处罚。

第八条 盗用他人公共信息网络上网账号、密码上网，造成他人电信资费损失数额较大的，依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪定罪处罚。

《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第九条 将国家、集体、他人所有并已经伐倒的树木窃为己有，以及偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木，数额较大的，依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪定罪处罚。

第十五条 非法实施采种、采脂、挖笋、掘根、剥树皮等行为，牟取经济利益数额较大的，依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪定罪处罚。同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

### 法条精解

盗窃罪是以非法占有为目的，窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃公私财物的行为。

#### 1. 对象

本罪的对象是财物，财物包括有体物和无体物（如电力、煤气、天然气等），违禁品也属于本罪对象





(根据司法解释, 盗窃违禁品, 按盗窃罪处理的, 不计数额, 根据情节轻重量刑)。

盗窃罪的对象是他人占有的财物。占有包括事实上的占有, 也包括社会观念上的占有。前者如他人物理支配范围内的财物, 如家中的财物, 后者即在社会观念上可以推知他人对财物有支配状态, 如停留在公共场所他人没有锁的自行车。由此, 注意如下推论: ①处于他人的事实性支配领域之内的财物, 即便并为被持有或守护, 也属于该人占有。如他人住宅内的财物, 即使忘记了该财物的所有, 也仍然存在这种占有。②即便处于某人的支配领域之外, 但在社会观念上可以推定他人的事实性支配, 也可以认定存在占有。如在家门口马路上未锁的汽车。又如他人所饲养的宠物, 具有回到主人身边的习性, 也属于事实性支配的延伸。③他人即便失去对财物的占有, 但如该财物转移至管理者或第三人无因保管, 则可认为属于管理者或第三人占有, 也存在占有, 如旅客遗忘在宾馆房间的钱包。但是, 如果遗忘在流通性强的公共场所, 如地铁、公车, 由于这种遗忘发生在一般人可以自由出入, 管理者的事实性支配在社会观念上难以延伸至此, 则可以否定占有。如遗忘在公用电话亭的钱包。

## 2. 客体

本罪的客体包括所有权和占有权。比如将摩托车借给他人, 然后偷回, 并索要赔偿的行为, 就可认为侵害了他人的占有权, 构成盗窃。但是如果这种占有不能对抗所有权, 则不属于本罪的客体, 比如甲盗窃了乙的摩托车, 三天后乙发现自己的摩托车, 然后将其偷偷取回, 在此情况下, 乙就不构成盗窃罪, 因为甲对摩托车的占有不能对抗乙的所有权。

## 3. 认定

### (1) 罪与非罪的标准

盗窃罪要秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物才构成犯罪。

#### ①“数额较大”的标准是人民币500元至2000元以上的

“数额较大”是认定盗窃罪的一个重要根据, 但不是唯一根据。根据司法解释, 盗窃公私财物接近“数额较大”的起点, 具有下列情形之一的, 可以追究刑事责任: 其一, 以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的; 其二, 盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的; 其三, 造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。

另外, 盗窃公私财物虽已达到“数额较大”的起点, 但情节轻微, 并具有下列情形之一的, 可不作为犯罪处理: 其一, 满16周岁不满18周岁的未成年人作案的; 其二, 全部退赃、退赔的; 其三, 主动投案的; 其四, 被胁迫参加盗窃活动, 没有分赃或者获赃较少的; 其五, 其他情节轻微、危害不大的。

#### ②“多次盗窃”, 是指1年内“入户盗窃”或者“在公共场所扒窃”3次以上的。

③偷拿自己家的财物或者近亲属的财物, 一般可不按犯罪处理; 对确有追究刑事责任必要的, 处罚时也应与在社会上作案的有所区别。

④盗窃未遂, 情节严重, 如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的, 应当定罪处罚。如果盗窃未遂情节不严重, 则不以犯罪论处。比如盗窃油气, 数额巨大但尚未运离现场的, 就可以盗窃未遂定罪。

### (2) 几种特殊的盗窃

#### ①《刑法》第196条规定盗窃信用卡并使用的, 依照盗窃罪的规定定罪处罚。

②《刑法》第210条规定盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的, 依照盗窃罪定罪处罚。

③《刑法》第265条规定以牟利为目的, 盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的, 依照盗窃罪定罪处罚。这里的牟利为目的, 是指为了出售、出租、自用、转让等谋取经济利益的行为。另外, 将电信卡非法充值后使用造成电信资费损失数额较大的, 盗用他人公共信息网络上账号、密码上网, 造成他人电信资费损失数额较大的, 都以盗窃罪定罪。

## 4. 罪数

(1) 盗窃技术成果等商业秘密的, 按侵犯商业秘密罪定罪处罚。盗窃枪支、弹药、爆炸物的, 盗窃公文、证件、印章的, 窃取国有档案的, 盗窃武装部队公文、证件、印章的, 盗掘古文化遗址、古墓葬的, 为境外盗窃国家秘密的, 盗窃军用物资(枪支、弹药、爆炸物以外)的, 应分别以特别法处理, 不定盗窃罪。这在理论上属于法条竞合。

(2) 盗窃其他财物, 盗窃机动车辆当犯罪工具使用的, 被盗机动车辆的价值计入盗窃数额; 为实施其他犯罪盗窃机动车辆的, 以盗窃罪和所实施的其他犯罪实行数罪并罚。为实施其他犯罪, 偷开机动车辆当犯罪工具使用后, 将偷开的机动车辆送回原处或者停放到原处附近, 车辆未丢失的, 按照其所实施的犯罪

从重处罚。

(3) 为练习开车、游乐等目的,多次偷开机动车辆,并将机动车辆丢失的,以盗窃罪定罪处罚;在偷开机动车辆过程中发生交通肇事构成犯罪,又构成其他罪的,应当以交通肇事罪和其他罪实行数罪并罚;偷开机动车辆造成车辆损坏的,按照刑法第 275 条(故意毁损财物罪)的规定定罪处罚;偶尔偷开机动车辆,情节轻微的,可以不认为是犯罪。

(4) 实施盗窃犯罪,造成公私财物损毁的,以盗窃罪从重处罚;又构成其他犯罪的,择一重罪从重处罚;盗窃公私财物未造成盗窃罪,但因采用破坏性手段造成公私财物损毁数额较大的,以故意毁坏财物罪定罪处罚。盗窃后,为掩盖盗窃罪行或者报复等,故意破坏公私财物构成犯罪的,应当以盗窃罪和构成的其他罪实行数罪并罚。

#### 5. 既遂与未遂标准

对于盗窃罪的既遂标准,一般采用失控说,即只要被害人丧失了对自己财物的控制,不管行为人是否控制了该财物,都应当认定为盗窃既遂。一般说来,如果盗窃的是像现金、首饰这类的小件物品,只要装在衣袋里或提包就可以成立既遂。如果是大件物品,通常以搬出户外或者院外的为既遂。如果是在公共场所扒窃,只要将财物窃到手,就构成既遂。在开架超市盗窃商品,只要走出收银台就成立既遂。在不开架的商店窃取财物,通常以将财物偷拿出货柜为既遂。

#### 6. 刑事责任

盗窃罪在两种情况下可以判处死刑。一种是盗窃金融机构,数额特别巨大的;另一种是盗窃珍贵文物,情节严重的。其中“盗窃金融机构”,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。个人盗窃公私财物价值人民币 3 万元至 10 万元以上的,为“数额特别巨大”。

“盗窃珍贵文物,情节严重”,主要是指盗窃国家一级文物后造成损毁、流失,无法追回等情况。

### 真题示例

(2009-2-18) 甲系私营速递公司卸货员,主要任务是将公司收取的货物从汽车上卸下,再按送达地重新装车。某晚,乘公司监督人员上厕所之机,甲将客户托运的一台价值一万元的摄像机夹带出公司大院,藏在门外沟渠里,并伪造被盗现场。关于甲的行为,下列哪一选项是正确的?

- A. 诈骗罪
- B. 职务侵占罪
- C. 盗窃罪
- D. 侵占罪

答案: C。

解析: 本题考核盗窃罪的认定。职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位的人员利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的行为。本题已明确甲的职务为卸货,而甲将客户托运的摄像机带出公司大院并不是利用职务上的便利,故甲的行为不构成职务侵占罪。排除 B 项。甲的行为属于以非法占有为目的秘密窃取公司财物的行为,因该摄像机价值 1 万元,符合构成盗窃罪的数量要求,故甲构成盗窃罪,排除 AD 项。

### 重点法条

第二百六十六条 诈骗公私财物,数额较大的,处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。本法另有规定的,依照规定。

#### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第七条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间,假借研制、生产或者销售用于预防、控制突发传染病疫情等灾害用品的名义,诈骗公私财物数额较大的,依照刑法有关诈骗罪的规定定罪,依法从重处罚。

《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》

第九条 以虚假、冒用的身份证件办理入网手续并使用移动电话,造成电信资费损失数额较大的,依照刑法第二百六十六条的规定,以诈骗罪定罪处罚。





诈骗罪是指以不法所有为目的，使用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

### 1. 客观方面

一个完整的诈骗有四个阶段，欺骗行为、陷入认识错误、做出处分、取得财产。上述四个阶段都有因果关系。如果缺乏任何一个环节，都可能导致不构成诈骗罪或诈骗既遂。

(1) 欺骗行为。这也就是所谓虚构事实，隐瞒真相。如果交易方知道真实情况便不会做出处分行为。不过需要注意的是，在一般的商品交易中存在一定程度的夸张和讨价还价，如果要成立诈骗罪，必须是在充分考虑交易对方的知识、经验的基础上，虚构足以使一般人陷入错误的事实。比如声称某种商品“营养丰富、延年益寿”等，其告知的内容非常抽象，不属于诈骗罪中的欺骗方法。但是如果所表示的内容比较具体，就可能使一般人陷入认识错误。

### (2) 陷入认识错误

这里需要注意的是机器不能被骗，无处分能力之人也不能被骗。因此在自动售货机中投入铁片获得财物，以及用糖果让孩子把家里的戒指拿来都应以盗窃定罪。

### (3) 作出处分

这里的处分必须和认识错误有因果关系，如果不存在这种因果关系，则不构成诈骗罪的既遂。比如某人行骗，但被害人明知是谎言，但并未揭穿，而是出于同情交付财物，这就只能以诈骗罪的未遂论处。

另外，被骗人在主观上应当有交付占有的意思，如果没有这种意思则不成立诈骗，比如实践中通常的“掉包”案，由于被害人并没有交付占有的意思，因此不构成诈骗，而是成立盗窃。

### (4) 取得财产

取得财物的主体可以是行为人或行为人指派的第三人，如果没有取得财物，就不能成立诈骗既遂。取得的财物包括两种：一是积极财产的增加；二是消极财产的减少，如伪造军牌，骗免养路费，通行费等数额较大的。

## 2. 行为对象

诈骗罪的行为对象包括有体物、无形物与财产性利益。

## 3. 特殊诈骗

(1) 三角诈骗：一般的诈骗只有行为人与被害人，但如果被害人与被骗人不一致，则可能出现三角诈骗，比如某人谎称是洗衣店的员工，敲开甲家门，对其保姆说来取要洗的西装。被骗人是保姆，但被害人却是西装的所有者。行为人也构成诈骗罪。这里需要说明的是，在诈骗罪中，虽然被骗人与被害人可以不同，但是被骗人与处分权人必须是同一人，当然这里的处分权人只要是在社会观念上具有处分权即可，不要求一定是所有权人，如保姆在社会观念上就可以将西装交付给洗衣店员工。再如，甲欺骗乙，称院子里晒的衣服是自己的，让乙帮忙取来。在此案中，乙在社会观念上并不具有衣服的处分权，因此该案件只能成立盗窃（间接正犯）。

(2) 诉讼诈骗：这是指通过伪造证据等方式来欺骗法院，获得对方当事人财物的行为，这其实是一种典型的三角诈骗。但是，《最高人民检察院研究室关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》却认为：以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动，可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理，不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照《刑法》第280条第2款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证的行为，构成犯罪的应当依照《刑法》第307条第1款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。在考试中，应当以此规定为准。

(3) 赌博诈骗：赌博的输赢是不确定的，但以赌博的形式骗取财物，导致输赢是确定的，这也是一种特殊的赌博，但是司法实务却不认为这属于诈骗，考试时还是应该以实务为准。《最高人民法院研究室关于设置圈套诱骗他人参赌获取钱财的案件应如何定罪问题的电话答复》规定：对于行为人以营利为目的，设置圈套，诱骗他人参赌的行为，需要追究刑事责任的，应以赌博罪论处。在上述规范性文件的基础上，最高人民法院1995年11月6日作出了一个司法解释——《关于设置圈套诱骗他人参赌又向索还财物的受骗人施以暴力或暴力威胁行为应如何定罪问题的批复》——规定：行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财的，属赌博行为，构成犯罪的，应当以赌博罪定罪处罚。参赌者识破骗局要求退还财物，设赌者又使用暴力或





者以暴力相威胁,拒绝退还的,应当以赌博罪从重处罚;致使参赌者伤害或者死亡的,应当以赌博罪和故意伤害罪,数罪并罚。

#### 4. 诈骗罪的认定

(1) 与盗窃罪的区别:诈骗罪与盗窃罪最大的区别在于被骗人是否在主观上有交付占有的目的。如果有则成立诈骗罪,否则可能成立盗窃罪。当然,这里的占有必须具有社会观念意义上的占有,而非单纯的控制。比如2000年试题,乙女听说甲男将10元变成100元,便将家里的2000元现金交给甲,让甲当场将2000元变成2万元,甲用红纸包着2000元钱,随后“变”来“变”去,趁机调换了红纸包,然后将调换过来的红纸包交给乙,让乙两小时后再打开看,乙2小时后打开,发现红纸包的是餐巾纸。在此案中,乙女并没有转移占有的意图,在乙将2000元交给甲时,甲不过是单纯的控制了财物,而在社会观念上这2000元仍然归乙所占有。

(2) 与敲诈勒索罪的区别:诈骗罪与敲诈勒索罪可能存在混淆,主要注意三个方面:

① 行为同时具有诈骗与恐吓性质,对方也同时陷入认识错误与恐惧心理,这属于诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合犯,应从一重罪论处。如2007年试题,甲将王某杀害后,又以王某被绑架为由,向其亲属索要钱财。甲除构成故意杀人罪外,还构成敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合犯。

② 行为人仅实施欺骗行为,使被害人陷入认识错误并产生恐惧心理,只能定诈骗罪。如2006年试题,乙与丙因某事发生口角,甲知此事后,找到乙,谎称自己受丙所托带口信给乙,如果乙不拿出2000元给丙,丙将派人来打乙。乙害怕被打,就托甲将2000元带给丙。甲将钱占为己有。由于甲谎称的是丙要打乙,而非自己要打乙,所以这只是一次欺骗,而非恐吓,虽然被害人既被骗、又被吓,但只能成立诈骗罪。

③ 当行为人实施了欺骗行为和恐吓行为,被害人虽然限于一定的认识错误,但完全或主要因为恐惧而交付财物,宜认定为敲诈勒索罪,而不能认定为诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合。比如甲对乙说,如果不给钱,就让他当黑社会大哥的兄弟教训乙,但甲并没有在黑社会的兄弟。在此案中,被害人虽然限于认识错误,但甲的欺骗行为——“有黑社会的大哥的兄弟”并非乙交付财物的原因,而是“甲会让人教训乙”这种恐吓行为导致了财物的交付,因此这属于敲诈勒索罪。

#### 真题示例

(2002-2-3) 甲向法院提起诉讼,要求乙偿还借款12万元,并向法院提供了盖有乙的印章、指纹的借据及附件,后法院判决乙向甲偿还“借款”12万元。经乙申诉后查明,上述借据及附件均系甲伪造,乙根本没有向甲借款。甲的行为属于什么性质?

A. 民事欺诈,不成立犯罪

B. 诈骗罪

C. 合同诈骗罪

D. 票据诈骗罪

答案:B。

解析:在本题中,甲为了非法占有乙的钱财,以虚构乙曾向甲借款12万元的事实并伪造借据等虚假证明材料的手段,骗取了人民法院要乙向甲偿还“借款”12万元的生效判决,甲此时已通过非法手段取得向乙主张财产的合法依据,甲向乙主张“偿还”借款或申请人民法院强制执行后,其非法占有财物的目的就可以得以实现。因此甲构成诈骗罪。

#### 重点法条

第二百六十七条 抢夺公私财物,数额较大的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。

#### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 抢夺公私财物“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准如下:

(一) 抢夺公私财物价值人民币五百元至二千元以上的,为“数额较大”;

(二) 抢夺公私财物价值人民币五千元至二万元以上的,为“数额巨大”;

(三) 抢夺公私财物价值人民币三万元至十万元以上的,为“数额特别巨大”。

第二条 抢夺公私财物达到本解释第一条第(一)项规定的“数额较大”的标准,具有下列情形之一的,可以依照刑法第二百六十七条第一款的规定,以抢夺罪从重处罚;





- (一) 抢夺残疾人、老年人、不满十四周岁未成年人的财物的；
- (二) 抢夺救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济等款物的；
- (三) 一年内抢夺三次以上的；
- (四) 利用行驶的机动车辆抢夺的。

抢夺公私财物，未经行政处罚处理，依法应当追诉的，抢夺数额累计计算。

第三条 抢夺公私财物虽然达到本解释第一条第（一）项规定的“数额较大”的标准，但具有下列情形之一的，可以视为刑法第三十七条规定的“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”，免于刑事处罚：

- (一) 已满十六周岁不满十八周岁的未成年人作案，属于初犯或者被教唆犯罪的；
- (二) 主动投案、全部退赃或者退赔的；
- (三) 被胁迫参加抢夺，没有分赃或者获赃较少的；
- (四) 其他情节轻微，危害不大的。

第四条 抢夺公私财物，数额接近本解释第一条第（二）项、第（三）项规定的“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准，并具有本解释第二条规定的情形之一的，可以分别认定为“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”。

第五条 实施抢夺公私财物行为，构成抢夺罪，同时造成被害人重伤、死亡等后果，构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》

第六条 刑法第二百六十七条第二款规定的“携带凶器抢夺”，是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。

《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》

四、关于“携带凶器抢夺”的认定

《抢劫解释》第六条规定，“携带凶器抢夺”，是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。行为人随身携带国家禁止个人携带的器械以外的其他器械抢夺，但有证据证明该器械确实不是为了实施犯罪准备的，不以抢劫罪定罪；行为人将随身携带凶器有意加以显示、能为被害人察觉到的，直接适用刑法第二百六十三条的规定定罪处罚；行为人携带凶器抢夺后，在逃跑过程中为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，适用刑法第二百六十七条第二款的规定定罪处罚。

## 法条精解

抢夺罪在客观方面表现为乘人不备，公然对财物行使有形力，使他人不及抗拒而取得数额较大的财物。其本质在于“乘人不备，公然夺取”。

### 1. 与抢劫罪的区别

抢夺行为只是直接对物使用暴力，并不是直接对被害人行使暴力，行为人实施抢夺行为时，被害人来不及抗拒，而不是被暴力压制不能抗拒，也不是受胁迫不敢抗拒。这是抢夺罪与抢劫罪的关键区别。即使行为人夺取财物的行为，使被害人跌倒摔伤或者死亡，也不成立抢劫，构成过失致人死亡罪，过失致人重伤罪属于想象竞合犯，依照处罚较重的处理。

### 2. 飞车抢夺的定性

对此司法解释规定：对于驾驶机动车、非机动车（以下简称“驾驶车辆”）夺取他人财物的，一般以抢夺罪从重处罚。但具有下列情形之一，应当以抢劫罪定罪处罚：①驾驶车辆，逼挤、撞击或强行逼倒他人以排除他人反抗，乘机夺取财物的；②驾驶车辆强抢财物时，因被害人不放手而采取强拉硬拽方法劫取财物的；③行为人明知其驾驶车辆强行夺取他人财物的手段会造成他人伤亡的后果，仍然强行夺取并放任造成财物持有人轻伤以上后果的。

## 真题示例

（2002-2-33）陈某在街上趁刘某不备，将其手机（价值2590元）夺走。随后陈某反复使用该手机拨打国际长途电话，致使刘某损失话费5200元。一周后，陈某将该手机丢弃在某邮局门口，引起保安人员的怀疑，经询问案发。下列有关此案的说法中，哪些是不正确的？

- A. 对陈某的行为以抢夺罪从重处罚即可
- B. 对陈某的行为以盗窃罪从重处罚即可
- C. 对陈某的行为以抢夺罪与盗窃罪实行数罪并罚
- D. 对陈某的行为以抢夺罪与故意毁坏财物罪实行数罪并罚

答案：ABD。

**解析：**本题中，“陈某在街上趁刘某不备，将其手机夺走”，这显然构成抢夺罪。本题的关键是陈某在抢得刘某手机后，“反复使用该手机拨打国际长途电话，致使刘某损失话费5200元”的行为应如何定性。根据《刑法》第265条和《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定，本题中陈某抢夺的只是刘某的手机，他自己使用刘某的手机拨打国际长途，可以认定以牟利为目的；陈某在刘某不知情的情况下使用其手机，属于盗用他人电信号码，属于盗窃行为。因此，刘某构成抢夺罪和盗窃罪，故本题选A、B、D三项。

### 重点法条

第二百六十八条 聚众哄抢公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，对首要分子和积极参加的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

#### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十四条 聚众哄抢林木五立方米以上的，属于聚众哄抢“数额较大”；聚众哄抢林木二十立方米以上的，属于聚众哄抢“数额巨大”，对首要分子和积极参加的，依照刑法第二百六十八条的规定，以聚众哄抢罪定罪处罚。

### 法条精解

聚众哄抢罪，是指以不法所有为目的，聚众哄抢公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。

本罪客观方面表现为组织、策划、指挥众人公然夺取公私财物或者积极参与聚众公然抢夺公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。聚众哄抢的特点是，聚集多人夺取公私财物，参与哄抢的人员处于随时可能增加或者减少的状态；哄抢人不使用暴力、胁迫手段，依靠人多势众取得财物。组织、策划、指挥他人哄抢财物的人，以及积极参加者的行为才成立本罪，其他一般参与人的行为不以犯罪论处。本罪主观方面只能是故意，行为人明知自己的行为会发生侵害公私财产的结果，并且希望或者放任这种结果的发生，还具有不法占有公私财物的目的。

### 真题示例

(1999-2-64) 下列哪些情形应以抢劫罪论处？

- A. 犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪，为窝藏赃物而当场使用暴力
- B. 携带凶器抢夺
- C. 聚众哄抢公私财物，为抗拒抓捕而以暴力相威胁
- D. 聚众“打砸抢”因而毁坏公私财物的首要分子

答案：ABD。

**解析：**《刑法》第269条规定：犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第263条的规定定罪处罚。《刑法》第289条规定：聚众“打砸抢”，致人伤残、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪处罚。毁坏或者抢走公私财物的，除判令退赔外，对首要分子，依照本法第263条的规定定罪处罚。

### 重点法条

第二百七十条 将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处2年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。

将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。

本条罪，告诉的才处理。



侵占罪是指将代为保管的他人财物或他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，拒不交还，数额较大的行为。本罪是亲告罪。

1. 行为方式：侵占罪可以分为两种，一种是保管物侵占、一种是脱离物侵占。

#### (1) 保管物侵占

这是指将代为保管的物品占为己有的行为。这里需要注意以下几点：

① 被害人对财物应当有返回请求权，才可以构成侵占。比如甲欲向国家工作人员行贿，而将财物委托给王某转交，但王某却将该财物据为己有。一般认为，在此案中，甲对财物没有返回请求权，否则会促进进行贿罪，该财物应当由国家收缴，王某不成立侵占罪。

② 封缄物的区分说。一般认为，行为人受委托占有某种有封缄的包装物，并不同时占有封缄物内的财物。如果将包装物整体占为己有，可成立侵占，但如果将包装物打开，将里面的财物占为己有，则应成立盗窃。

③ 辅助占有人将财物拒为己有，不成立侵占。当占有人将财物交有辅助占有人“占有”，在社会观念上，财物并非为辅助占有人占有，因此辅助占有人将财物占为己有的行为应该成立盗窃。如甲下火车时，雇用乙提包，而乙乘甲不注意，将财物拿走。在此案中，虽然乙辅助占有甲的财物，但在社会观念上，财物仍然是甲所占有，因此不能成立侵占，而应以盗窃罪处罚。

#### (2) 脱离物侵占

脱离物包括遗忘物和埋藏物。在刑法中，遗忘物还包括遗失物。这里需要注意的是，如果某物在社会观念上仍然为他人所占有，就不能属于遗忘物，对这种物品的非法占有，就不能成立侵占。比如甲在宾馆掉的钱包，对于甲而言，似乎是遗忘物，但对于宾馆而言，该物已经属于它无因保管之物，归其占有，因此将此物秘密取走，成立盗窃，如将此物骗走，则成立诈骗，而不能构成侵占罪。

埋藏物是指埋藏于地下，所有人不明或应由国家所有的财物，如果是他人有意埋藏于地下的财物，则属于他人占有之物，非埋藏物。如果行为人误认为此物没有所有人，将其取走，属于事实上的认识错误，虽不成立盗窃，但可以成立侵占。

#### 2. 占为己有与拒不退还的关系

“拒不退还”只是“占为己有”的证明要件，并非实体条件，它只是说明“占为己有”的客观存在，因此，如果只要他人非法将他人财物占为己有，就可以成立侵占，而不能理解为在占为己有后，还必须经他人请求拒不退还才构成犯罪。

#### 3. 与盗窃罪、诈骗罪的界限

在保管物侵占中，盗窃和侵占比较好区别，但在脱离物侵占中，两者经常有可能产生混淆。这里区别的关键就在于财物的属性是遗忘物，还是他人占有之物，如果是前者就成立侵占，如果是后者就成立盗窃。如果行为人发生认识错误，误认为他人占有之物为遗忘物，根据主客观相统一原则，行为人主观上并不知道是他人占有之物，其心态为侵占，客观上，财物也发生了转移，因此以侵占罪的既遂论处。

侵占罪与诈骗罪的区别其实也需要正确理解“他人占有”的含义，这主要也发生在无因保管占有的情况下，如某人包丢在宾馆，后被他人冒领。这就属于诈骗，而非侵占。另外，如果行为人非法占有代为保管的他人财物、遗忘物、埋藏物，并以隐瞒真相、虚构事实的方式拒不归还的，事后的欺骗行为属于为了确保对同一被害人的侵占物而实施的不可罚的事后行为，只能认定为侵占罪。

### 真题示例

(2008-2-59) 欣欣在高某的金店选购了一条项链，高某趁欣欣接电话之际，将其进行礼品包装的项链调换成款式相同的劣等品（两条项链差价约3000元）。欣欣回家后很快发现项链被“调包”，即返回该店要求退还，高某以发票与实物不符为由拒不退换。关于高某的行为，下列哪些说法是错误的？

- A. 构成盗窃罪
- B. 构成诈骗罪
- C. 构成侵占罪
- D. 不构成犯罪，属民事纠纷

答案：BCD。

解析：欣欣选购了一条项链，高某在为其进行礼品包装时，欣欣已经成为项链的所有人，项链已为欣欣所有，而高某调包的行为属于秘密窃取公私财物的行为，根据规定，以非法占有为目的，秘密窃取公私





财物，数额较大的行为构成盗窃罪，故 A 项说法正确，BCD 说法错误。本题要求选择错误项，故 BCD 为正确答案。

## 重点法条

第二百七十一条 公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于村民小组组长利用职务便利非法占有公共财物行为如何定性问题的批复》

对村民小组组长利用职务上的便利，将村民小组集体财产非法占为己有，数额较大的行为，应当依照刑法第二百七十一条第一款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。

#### 《最高人民法院关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》

在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，应当依照刑法第二百七十一条第一款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。

## 法条精解

职务侵占罪这是行为人利用职务上的便利，侵占本单位财物，数额较大的行为。

1. 主体：公司、企业或其他单位的人员，如果是国家工作人员则定贪污罪。

2. 客观方面：必须利用职务便利，也即利用自己主管、经手、负责单位财物的便利条件，将财物据为己有。职务便利通常是对财物的管理权限，如厂长、经理、会计、出纳、保管员等，不包括“纯劳务性”工作便利，如搬运工利用接触生产资料、劳动工具的便利，将财物占为己有，不能构成职务侵占罪。

另外，职务侵占罪必须是单位有财物损失，如果单位并没有财物损失，也不能构成此罪，如银行工作人员在检查 ATM 机时发现他人没有取出的信用卡，然后从中取钱，由于银行的财产并未受损，故不能认定为职务侵占罪，而只能以盗窃罪定罪。

3. 认定：①《刑法》第 183 条规定，（非国有）保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，以职务侵占罪定罪处罚。②村民小组长利用职务上的便利，将村民小组集体财产非法占为己有，数额较大的行为，应以本罪论处。③国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，应当以职务侵占罪论处。

4. 共同犯罪：行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法据为己有、数额较大的，以职务侵占罪共犯论处。公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪。

## 真题示例

（2008-2-63）下列哪些行为应以职务侵占罪论处？

- A. 甲系某村民小组的组长，利用职务上的便利，将村民小组集体财产非法据为己有，数额达到 5 万元
- B. 乙为村委会主任，利用协助乡政府管理和发放救灾款物之机，将 5 万元救灾款非法据为己有
- C. 丙是某国有控股公司部门经理，利用职务上的便利，将本单位的 5 万元公款非法据为己有
- D. 丁与某私营企业的部门经理李某内外勾结，利用李某职务上的便利，共同将该单位的 5 万元资金非法据为己有

答案：ACD。

解析：本题主要考查职务侵占罪与贪污罪的区别，贪污罪也是一种职务侵占行为，单从行为方式上难



以将二者区分开来，关键在于主体方面是否为国家工作人员。根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》规定可知，A项中甲构成职务侵占罪，B项中的乙构成贪污罪。根据《刑法》第93条规定，丙不是国家公务人员，因此，不满足贪污罪的主体要件，丙应该构成职务侵占罪。根据《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第2条规定，丁构成职务侵占罪。

## 重点法条

第二百七十二条 公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过3个月未还的，或者虽未超过3个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处3年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处3年以上10年以下有期徒刑。

国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十四条的规定定罪处罚。

### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于对受委托管理、经营国有财产人员挪用国有资金如何定罪问题的批复》

对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，应当依照刑法第二百七十二条第一款的规定定罪处罚。

## 法条精解

挪用资金罪是指利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人使用的行为。

1. 主体：本罪主体是公司、企业或其他单位的人员，如果是国家工作人员，则构成挪用公款罪。

2. 客观方面：本罪在客观方面也有三种表现：①超期未还型。挪用资金归个人或借给他人使用，数额较大，超过3个月未还。根据司法解释，归个人或借给他人使用是指公司、企业或者其他单位的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位。②营利型。挪用资金数额较大，进行营利活动，不管时间长短，均构成本罪。③非法活动型。挪用资金进行非法活动，不管挪用资金多少，时间长短，一律构成本罪。

3. 认定：①《刑法》第185条规定，（非国有）银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位或者客户资金的，依照本罪定罪处罚。②对于挪用单位资金进行非法活动构成其他犯罪的，应实行数罪并罚。③对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，以挪用资金罪定罪处罚。

4. 挪用资金罪与职务侵占罪的区别：二者的主体要件相同，客观行为也有相似之处，其区别主要在于：①对象不完全相同：挪用资金罪的对象只能是本单位资金；而职务侵占罪的对象，除了本单位资金外，还可以是其他财物。②行为不同：挪用资金罪只是暂时占有、使用单位资金，因而只是侵犯了单位资金的占有权、使用权、收益权；职务侵占罪是将单位财物据为己有，因而侵犯了单位财物的所有权整体。（3）故意内容不同：挪用资金罪的行为人只是暂时占有、使用的故意，主观上具有归还资金的意图；职务侵占罪的行为人出于不法所有的故意，不具有归还的意图。

## 真题示例

（四川2008-2-64）甲找到某国有企业出纳乙称自己公司生意困难，让乙想办法提供点资金，并许诺给乙好处。乙便找机会从公司账户中拿出15万借给甲。甲从中拿了2万元给乙。之后，甲因违法行为被公安机关逮捕，乙害怕受牵连，携带100万元公款潜逃。关于乙的全部犯罪行为，下列哪些说法是错误的？

- A. 挪用公款罪与受贿罪，应择一重罪从重处罚
- B. 应以挪用资金罪、职务侵占罪论处，实行数罪并罚
- C. 应以挪用公款罪、贪污罪论处，实行数罪并罚
- D. 应以挪用公款罪、贪污罪、受贿罪论处，实行数罪并罚

答案：ABC。

解析：选项A错，因受贿而挪用公款构成数罪的，数罪并罚。选项B错，乙是国企出纳，属于从事公



务人员，利用职务便利挪用、侵占单位财产的，不是挪用资金罪、职务侵占罪。选项 C 错，漏掉了受贿罪。

## 重点法条

第二百七十三条 挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的，对直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

## 法条精解

挪用特定款物罪是指利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人使用的行为。

1. 主体：本罪主体是公司、企业或其他单位的人员，如果是国家工作人员，则构成挪用公款罪。

2. 客观方面：本罪在客观方面也有三种表现即①超期未还型。挪用资金归个人或借给他人使用，数额较大，超过 3 个月未还。根据司法解释，归个人或借给他人使用是指公司、企业或者其他单位的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位。②营利型。挪用资金数额较大，进行营利活动，不管时间长短，均构成本罪。③非法活动型。挪用资金进行非法活动，不管挪用资金多少，时间长短，一律构成本罪。

3. 认定：①《刑法》第 185 条规定，（非国有）银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位或者客户资金的，依照本罪定罪处罚。②对于挪用单位资金进行非法活动构成其他犯罪的，应实行数罪并罚。③对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，以挪用资金罪定罪处罚。

本罪主体是掌管国家救灾等七项款物的会计人员、发放人员，以及有关领导人员，并不限于具有国家工作人员身份的人。

本罪是结果犯，同时挪用特定款物罪是将特定款物擅自挪用于其他公共用途。如挪用特定款物归个人使用，应以挪用公款罪从重处罚。

## 真题示例

（2008-2-92）国有公司财务人员甲于 2007 年 6 月挪用单位救灾款 100 万元，供自己购买股票，后股价大跌，甲无力归还该款项。2008 年 1 月，甲挪用单位办公经费 70 万元为自己购买商品。两周后，甲采取销毁账目的手段，使挪用的办公经费 70 万元中的 50 万元难以在单位财务账上反映出来。甲一直未归还上述所有款项。关于甲的行为定性，下列选项正确的是：

- A. 甲挪用救灾款的行为，不构成挪用特定款物罪
- B. 甲挪用办公经费的行为构成挪用公款罪，挪用数额为 70 万元
- C. 甲挪用办公经费后销毁账目且未归还的行为构成贪污罪，贪污数额为 50 万元
- D. 对于甲应当以挪用公款罪、贪污罪实行并罚

答案：ACD。

解析：挪用公款罪以挪用公款归个人使用为目的，即挪作私用；挪用特定款物罪的目的是将特定款物挪作他用。因此 A 正确。本案中，甲挪用 100 万炒股亏损，结果无力偿还，这就属于“挪用公款数额巨大不退还”，仍构成挪用公款罪。行为人挪用公款后采用伪造单据、涂改账目、销毁凭证、变卖获利、赠送他人等方法，使所挪用的公款难以在单位财务账目上反映出来的。说明行为人主观目的发生了变化，想永久控制财物，客观上财产所有权发生了转移，符合贪污罪的构成特征。应以贪污罪定罪处罚。因此 CD 正确。

## 重点法条

第二百七十四条 敲诈勒索公私财物，数额较大的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制；数额巨大或者有其他严重情节的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于敲诈勒索罪数额认定标准问题的规定》

- 一、敲诈勒索公私财产“数额较大”，以 1000 元至 3000 元为起点；
- 二、敲诈勒索公私财产“数额巨大”，以 1 万元至 3 万元为起点。



敲诈勒索罪是以非法占有为目的，对被害人实施威胁或者要挟的方法，强行索取财物，数额较大的行为。

敲诈勒索罪中的“威胁”一般是以施加杀害、伤害等暴力相威胁使对方产生恐惧而交付财物。不过与抢劫罪不同的是，这里的威胁内容不具有当场可实施性。“要挟”是指以揭发隐私、告发犯罪、毁坏名誉等非暴力方法使对方产生恐惧而交付财物。被害人交付财物可以在威胁或要挟的当场交付，也可在事后交付。根据司法解释，构成本罪要求数额较大，其标准是1000元到3000元以上。

1. 本罪与抢劫罪的区别：①抢劫罪只能是以暴力侵害相威胁，而敲诈勒索罪的威胁或要挟内容基本上没有限制。②抢劫罪只能是当场进行威胁，不可能通过第三者进行威胁。敲诈勒索罪既可以当场威胁，也可以通过第三者进行威胁。③抢劫罪是如果不满足行为人的要求，暴力威胁内容就当场实现；而敲诈勒索罪是如果不满足行为人的要求，威胁内容在将来的某个时间实现或者当场实现非暴力的危害。④抢劫罪是当场取得财物，不是事后取得财物；敲诈勒索罪既可以当场也可以事后取得财物。一般说来，抢劫不可能针对不动产，而敲诈勒索罪有可能针对不动产。

2. 与绑架罪的区别：这里区别的关键在于是否实施了绑架行为。索取财物型的绑架实际上是采用非法拘禁的方式勒索财物。如果没有采用非法剥夺他人人身自由的方式勒索财物的，应为敲诈勒索罪。比如将小孩带出吃麦当劳，但对其家长谎称绑架了孩子，要求“赎金”，此行为就不能以绑架罪论处。

3. 既未遂标准：开始实施敲诈行为为本罪之着手。行为人或者与之有关的第三人占有被害人财物时，为本罪的既遂。如果被害人出于同情而非恐惧提供财物，只构成敲诈勒索罪的未遂。

4. 与正当行使权利的区别：如果行为人索取债权有正当的权利基础，或者行使权利并不违背社会的通常观念，就不属于敲诈勒索，反之，如果没有正当的权利基础而借故要挟，则为敲诈勒索。另外，这里的正当权利只限于私法的权利，而不包括公法上的权利。

## 真题示例

(2008-2-12) 甲持西瓜刀冲入某银行储蓄所，将刀架在储蓄所保安乙的脖子上，喝令储蓄所职员丙交出现金1万元。见丙故意拖延时间，甲便在乙的脖子上划了一刀。刚取出5万元现金的储户丁看见乙血流不止，于心不忍，就拿出1万元扔给甲，甲得款后迅速逃离。对甲的犯罪行为，下列哪一选项是正确的？

- A. 抢劫罪（未遂）
- B. 抢劫罪（既遂）
- C. 绑架罪
- D. 敲诈勒索罪

答案：B。

解析：本题中，甲的行为是以暴力、胁迫的方法喝令储蓄所职员丙交出现金。虽然最后现金是由客户丁交出，但是也是基于甲的胁迫和保护乙的人身安全而交出的，因此构成抢劫罪。且对于甲自己的行为来说，其本身已经取得自己想要的钱财，至于取得途径如何，并不影响其抢劫罪（既遂）的成立。因此，甲的行为不是敲诈勒索罪，而是抢劫罪。本题正确答案是B项。

## 重点法条

第二百七十五条 故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百七十六条 由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

## 法条精解

1. 故意毁坏财物罪，这是指故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。

(1) 犯罪目的是将公私财物毁坏，而没有非法占有公私财物的目的。

(2) 偷开机动车辆造成车辆损坏的，按照刑法第275条（故意毁坏财物罪）的规定定罪处罚。

(3) 实施盗窃犯罪，造成公私财物损毁的，以盗窃罪从重处罚；又构成其他犯罪的，择一重罪从重处





罚；盗窃公私财物未造成盗窃罪，但因采用破坏性手段造成公私财物损毁数额较大的，以故意毁坏财物罪定罪处罚。盗窃后，为掩盖盗窃罪行或者报复等，故意故意破坏公私财物构成犯罪的，应当以盗窃罪和构成的其他罪实行数罪并罚。

(4) 刑法另有规定的，应依其规定处理，如正在使用中的交通工具、广播电信设施、公用电信设施、军事设施、耕地等，应成立其他犯罪，不构成本罪。

2. 破坏生产经营罪，这是指由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的行为。这是一种特殊的毁损财物犯罪，因此破坏生产经营，同时又毁损财物的，按照特别法优于普通法，应以此罪论处。

### 真题示例

(2009-2-17) 甲对乙使用暴力，欲将其打残。乙慌忙掏出手机准备报警，甲一把夺过手机装进裤袋并将乙打成重伤。甲在离开现场五公里后，把乙价值 7000 元的手机扔进水沟。甲的行为构成何罪？

- A. 故意伤害罪、盗窃罪
- B. 故意伤害罪、抢劫罪
- C. 故意伤害罪、抢夺罪
- D. 故意伤害罪、故意毁坏财物罪

答案：D。

解析：本题考核故意毁坏财物罪和故意伤害罪的认定。甲主观上对乙具有伤害的故意，客观上将乙打成重伤，甲构成故意伤害罪。盗窃罪、抢劫罪、抢夺罪这三种侵犯财产犯罪都要求行为人主观上具有非法占有公私财物的目的，而本题中，甲是为了防止乙用手机报警而夺取的手机，并没有非法占有该手机的目的。甲事后将乙价值 7000 元的手机扔进水沟，是故意非法毁灭或者损坏公私财物的行为，且数额较大，构成故意毁坏财物罪。故排除 ABC 三项，本题的正确答案为 D。

### 重点法条

第二百七十七条 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

以暴力、威胁方法阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务的，依照前款的规定处罚。

在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的，依照第一款的规定处罚。

故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。

#### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第八条 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、红十字会工作人员依法履行为防治突发传染病疫情等灾害而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等预防、控制措施的，依照刑法第二百七十七条第一款、第三款的规定，以妨害公务罪定罪处罚。

### 法条精解

#### 1. 妨害公务罪的构成

(1) 该罪的客观方面：①以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务；②以暴力、威胁方法阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务；③在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责；④故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，但造成严重后果。

(2) 主观心态：本罪是故意犯罪，必须明知是有关人员执行公务，如果不知对方是在执行公务，则不构成此罪。这里关键是注意假想防卫的定性。

#### 2. 妨害公务罪的认定

(1) 本罪的暴力行为如果触犯了其他罪名，如暴力行为致人重伤、死亡，抢夺依法执行职务的司法工作人员的枪支等，应视为想象竞合犯，原则上以一重罪论处。





(2) 以暴力、威胁方法阻碍国有事业单位人员依照法律、行政法规的规定执行行政执法职务的，或者以暴力、威胁方法阻碍国家机关中受委托从事行政执法活动的事业编制人员执行行政执法职务的，也以妨害公务罪论处。

(3) 妨害公务罪与抗税罪、聚众冲击国家机关罪、拒不执行判决、裁定罪，扰乱法庭秩序罪、煽动暴力抗拒法律实施罪、聚众公共场所秩序、交通秩序罪、聚众扰乱社会秩序罪等存在法条竞合关系，应按照特别法优于普通法的原则处理，不定妨害公务罪。另外，阻碍军人执行职务的，构成刑法第 368 条的阻碍军人执行职务罪，而不成立本罪。

(4) 走私、贩卖、制造、运输毒品罪、组织、运送他人偷越国（边）境使用暴力抗拒检查的，属于这些罪的加重情节。除此以外，对于其他所有犯罪，如果犯罪后又抗拒检查，均应以各该罪与妨害公务罪实施数罪并罚。如生产、销售伪劣产品又暴力抗拒工商人员的检查，应以生产、销售伪劣产品罪和妨碍公务罪实施数罪并罚。再如非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪，非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪，非法狩猎罪，同时又以暴力、威胁方法抗拒查处的，以各该罪与妨害公务罪等实行并罚。

### 真题示例

(2008-2-17) 甲欠乙 10 万元久拖不还，乙向法院起诉并胜诉后，甲在履行期限内仍不归还。于是，乙向法院申请强制执行。当法院的执行人员持强制执行裁定书到甲家执行时，甲率领家人手持棍棒在门口守候，并将试图进入室内的执行人员打成重伤。甲的行为构成何罪？

- A. 拒不执行判决、裁定罪
- B. 聚众扰乱社会秩序罪
- C. 妨害公务罪
- D. 故意伤害罪

答案：D。

解析：本题中甲实施的暴力行为超过了司法解释中给出的妨害执行工作无法进行的范围，而是将执行人员打成重伤，因此，甲的行为构成拒不执行判决、裁定罪与故意伤害罪的想象竞合，应择一重罪处罚，故意伤害罪致人重伤的量刑幅度在 3 年以上 10 年以下有期徒刑，因此，甲应当定故意伤害罪。正确答案应该是 D 项。

### 重点法条

第二百七十九条 冒充国家机关工作人员招摇撞骗的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

冒充人民警察招摇撞骗的，依照前款的规定从重处罚。

### 法条精解

关于招摇撞骗罪应注意以下几点：

1. 必须冒充国家机关工作人员（立法机关，司法机关，行政机关，中国共产党的各级机关，中国人民政治协商会议各级机关中从事公务的人员）进行招摇撞骗的行为。这里的冒充可以非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员，也可以下级国家机关工作人员冒充上级国家机关工作人员，如果冒充的不是国家机关工作人员，而是他们的亲戚，则不构成此罪。
2. 本罪的目的在于各种非法利益，不限于财产。但由于其刑罚低于诈骗罪，因此当冒充国家机关工作人员的身份骗取数额较大财物时，择一重罪处罚（多数人认为是法条竞合的特例）。
3. 冒充人民警察招摇撞骗的，从重处罚。
4. 冒充军人招摇撞骗的，依《刑法》第 372 条，定冒充军人招摇撞骗罪。

### 重点法条

第二百八十条 伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

对于买卖允许进出口证明书等经营许可证明，同时触犯刑法第二百二十五条、第二百八十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治

权利。

伪造、变造居民身份证的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十三条 对于伪造、变造、买卖林木采伐许可证、木材运输证件，森林、林木、林地权属证书，占用或者征用林地审核同意书、育林基金等缴费收据以及其他国家机关批准的林业证件构成犯罪的，依照刑法第二百八十条第一款的规定，以伪造、变造、买卖国家机关公文、证件罪定罪处罚。

#### 《最高人民法院研究室关于对行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务并利用职务上的便利侵占本单位财物、收受贿赂、挪用本单位资金等行为如何适用法律问题的答复》

行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务以后，又利用职务上的便利实施侵占本单位财物、收受贿赂、挪用本单位资金等行为，构成犯罪的，应当分别以伪造国家机关公文、证件罪和相应的贪污罪、受贿罪、挪用公款罪等追究刑事责任，实行数罪并罚。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理伪造、贩卖伪造的高等院校学历、学位证明刑事案件如何适用法律问题的解释》

对于伪造高等院校印章制作学历、学位证明的行为，应当依照刑法第二百八十条第二款的规定，以伪造事业单位印章罪定罪处罚。

明知是伪造高等院校印章制作的学历、学位证明而贩卖的，以伪造事业单位印章罪的共犯论处。

#### 《最高人民检察院政策研究室关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》

以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理，不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照刑法第二百八十条第二款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证行为，构成犯罪的应当依照刑法第三百零七条第一款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。

### 法条精解

刑法分则第六章中的伪造文书类犯罪包括伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪，伪造、变造居民身份证罪。另外，分则第七章危害国防利益罪还规定了伪造、变造、买卖武装部队印章罪和盗窃、抢夺武装部队印章罪。主要注意如下问题：

1. 买卖伪造的国家机关证件，可以定买卖国家机关证件罪。
2. 伪造公司、企业的文件，不构成犯罪，伪造公司的印章，才构成犯罪。
3. 买卖伪造、变造的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据或者国家机关的其他公文、证件、印章，依买卖国家机关公文、证件、印章罪定罪处罚。
4. 伪造、变造、买卖机动车牌证及机动车入户、过户、验证的有关证明文件，依照伪造、变造、买卖国家机关公文、证件罪处罚。
5. 对于伪造高等院校印章制作学历、学位证明的行为，以伪造事业单位印章罪定罪处罚。明知是伪造高等院校印章制作的学历、学位证明而贩卖的，以伪造事业单位印章罪的共犯论处。
6. 伪造、变造、买卖公文、证件、印章后，又利用该公文、证件、印章实施其他犯罪的，属于牵连犯，从一重罪论处。比如《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》就规定：伪造、变造、买卖国家机关颁发的野生动物允许进出口证明书、特许猎捕证、狩猎证、驯养繁殖许可证等公文、证件构成犯罪的，以伪造、变造、买卖国家机关公文、证件罪定罪处罚。实施上述行为构成犯罪，同时构成非法经营罪的，从一重处罚。
7. 购买伪造的居民身份证的行为，提供照片或者预付现金等一般不能视为伪造居民身份证罪的共犯。

### 重点法条

第二百八十六条 违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机



信息系统不能正常运行，后果严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处5年以上有期徒刑。

违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作，后果严重的，依照前款的规定处罚。

故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的，依照第一款的规定处罚

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百八十五条 违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具，情节严重的，依照前款的规定处罚。

第二百八十七条 利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。

### 法条精解

非法侵入计算机信息系统罪是指为违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的行为。

1. 本罪必须是故意犯罪，如果是无意中进入计算机，但经警示仍不退出的，应视为故意非法侵入。

2. 侵入国家重点保护的计算机信息系统窃取国家秘密或实施其他犯罪的，属于牵连犯，从一重罪论处。

3. 违反国家规定，侵入国防建设、尖端科学技术领域的军事通信计算机信息系统，尚未对军事通信造成破坏的，依照此罪定罪处罚，如果对军事通信造成破坏，以此罪和破坏军事通信罪从一重罪论处。

破坏计算机信息系统罪包括三种情况：违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重；违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作，后果严重；制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统的正常运行，后果严重。

对军事通信造成破坏，同时构成非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪、破坏军事通信罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

4. 利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者构成其他犯罪的，依照相关犯罪定罪处罚。

### 真题示例

(2005-2-63) 下列哪些情形应以破坏计算机信息系统罪论处？

A. 甲采用密码破解手段，非法进入国家尖端科学技术领域的计算机信息系统，窃取国家机密

B. 乙因与单位领导存在矛盾，即擅自对单位在计算机中存储的数据和应用程序进行修改操作，给单位的生产经营管理造成严重的混乱

C. 丙通过破解密码的手段，进入某银行计算机信息系统，为其朋友的银行卡增加存款额10万元

D. 丁为了显示自己在计算机技术方面的本事，设计出一种计算机病毒，并通过互联网进行传播，影响计算机系统正常运行，造成严重后果

答案：BD。

解析：A选项中甲的行为属于非法侵入计算机信息系统罪和非法获取国家秘密罪的牵连犯。非法侵入计算机信息系统罪，是指违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的行为。非法获取国家秘密罪，是指以窃取、刺探、收买方法获取国家秘密的行为。对于甲的行为应择一重罪处罚。B选项中乙的行为构成破坏计算机信息系统罪，符合破坏计算机信息系统罪的犯罪构成要件。选项C中丙的行为是利用计算机进行盗窃的行为。根据《刑法》第287条规定，丙的行为构成盗窃罪而不





是破坏计算机信息系统罪。选项 D 中丁的行为也符合破坏计算机信息系统罪的犯罪构成要件，应定性为破坏计算机信息系统罪。所以正确答案是 BD 选项。

## 重点法条

第二百九十条 聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑；对其他积极参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

聚众冲击国家机关，致使国家机关工作无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；对其他积极参加的，处 5 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第二百九十一条 聚众扰乱车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所秩序，聚众堵塞交通或者破坏交通秩序，抗拒、阻碍国家治安管理工作人员依法执行职务，情节严重的，对首要分子，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

## 法条精解

刑法分则第六章中的聚众犯罪有聚众扰乱社会秩序罪，聚众冲击国家机关罪，聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，聚众斗殴罪，聚众淫乱罪，引诱未成年人聚众淫乱罪。除此以外，在其他章节，还有一些聚众犯罪。关于聚众犯罪，最值得注意的是刑事责任的承担范围问题，这有四种模式：

1. 所有参与聚众犯罪活动的人均构成犯罪，即第 317 条的组织越狱罪、暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪。
2. 聚众进行犯罪活动的首要分子和积极参加者构成犯罪，一般参加者不构成犯罪，即第 268 条的聚众哄抢罪、第 290 条的聚众扰乱社会秩序罪、聚众冲击国家机关罪、第 292 条的聚众斗殴罪。
3. 首要分子和多次参加者构成犯罪，即第 301 条的聚众淫乱罪。
4. 只有首要分子才构成犯罪，而其他参加者不构成犯罪，即第 291 条的聚众扰乱社会秩序、交通秩序罪，第 242 条的聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪，第 289 条的聚众“打砸抢”行为抢走财物或者毁损财物的（以抢劫罪定罪）。

## 重点法条

第二百九十一条之一 投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，或者编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处 5 年以上有期徒刑。

### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十条 编造与突发传染病疫情等灾害有关的恐怖信息，或者明知是编造的此类恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，依照刑法第二百九十一条之一的规定，以编造、故意传播虚假恐怖信息罪定罪处罚。

利用突发传染病疫情等灾害，制造、传播谣言，煽动分裂国家、破坏国家统一，或者煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的，依照刑法第一百零三条第二款、第一百零五条第二款的规定，以煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。

## 法条精解

这是《刑法修正案（三）》增加的新罪。前者的行为表现为投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的行为。此罪主要是注意和投放危险物质罪的区别。

后者的行为表现为编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，编造与突发传染病疫情等灾害有关的恐怖信息，或者明知是编造的此类恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序，以编造、故意传播虚假恐怖信息罪定罪处罚。



## 重点法条

第二百九十二条 聚众斗殴的，对首要分子和其他积极参加的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；有下列情形之一的，对首要分子和其他积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑：

- (一) 多次聚众斗殴的；
- (二) 聚众斗殴人数多，规模大，社会影响恶劣的；
- (三) 在公共场所或者交通要道聚众斗殴，造成社会秩序严重混乱的；
- (四) 持械聚众斗殴的。

聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。

## 法条精解

这是指故意组织、策划、指挥或者积极参加聚众斗殴的行为。

本罪有四种加重情节，分别是：多次聚众斗殴的；聚众斗殴人数多，规模大，社会影响恶劣的；在公共场所或者交通要道聚众斗殴，造成社会秩序严重混乱的；持械聚众斗殴的。

聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。

## 重点法条

第二百九十三条 有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制：

- (一) 随意殴打他人，情节恶劣的；
- (二) 追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；
- (三) 强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；
- (四) 在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十一条 在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间，强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物情节严重，或者在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的，依照刑法第二百九十三条的规定，以寻衅滋事罪定罪，依法从重处罚。

## 法条精解

寻衅滋事罪客观表现为下列四种行为之一：①随意殴打他人，情节恶劣的；②追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；③强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；④在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

寻衅滋事罪与伤害罪的主要区别是动机不同，前者往往是无端寻衅、打人取乐或者显示威风，因此侵害的对象往往是不特定的人；而后者往往事出有因，对象一般是特定事件的关系人。因寻衅滋事致人轻伤的，仍构成此罪。但如果致人重伤、死亡的，则应以故意伤害罪、故意杀人罪论处。

## 重点法条

第二百九十四条 组织、领导和积极参加以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质的组织的，处3年以上10年以下有期徒刑；其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

境外的黑社会组织的人员到中华人民共和国境内发展组织成员的，处3年以上10年以下有期徒刑。

犯前两款罪又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织，或者纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动的，处3年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

### 【关联法条】

《全国人民代表大会常务委员会关于〈刑法〉第二百九十四条第一款的解释》

刑法第二百九十四条第一款规定的“黑社会性质的组织”应当同时具备以下特征：



- (一) 形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；
- (二) 有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；
- (三) 以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；
- (四) 通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。

#### 《最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 刑法第二百九十四条规定的“黑社会性质的组织”，一般应具备以下特征：

- (一) 组织结构比较紧密，人数较多，有比较明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定，有较为严格的组织纪律；
- (二) 通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力；
- (三) 通过贿赂、威胁等手段，引诱、逼迫国家工作人员参加黑社会性质组织活动，或者为其提供非法保护；
- (四) 在一定区域或者行业范围内，以暴力、威胁、滋扰等手段，大肆进行敲诈勒索、欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、故意伤害等违法犯罪活动，严重破坏经济、社会生活秩序。

第三条 组织、领导、参加黑社会性质的组织又有其他犯罪行为的，根据刑法第二百九十四条第三款的规定，依照数罪并罚的规定处罚；对于黑社会性质组织的组织者、领导者，应当按照其所组织、领导的黑社会性质组织所犯的全部罪行处罚；对于黑社会性质组织的参加者，应当按照其所参与的犯罪处罚。

对于参加黑社会性质的组织，没有实施其他违法犯罪活动的，或者受蒙蔽、胁迫参加黑社会性质的组织，情节轻微的，可以不作为犯罪处理。

第五条 刑法第二百九十四条第四款规定的“包庇”，是指国家机关工作人员为使黑社会性质组织及其成员逃避查禁，而通风报信，隐匿、毁灭、伪造证据，阻止他人作证、检举揭发，指使他人作伪证，帮助逃匿，或者阻挠其他国家机关工作人员依法查禁等行为。

### 法条精解

#### 1. 组织、领导、参加黑社会性质组织罪

(1) 黑社会性质组织的特征：① 形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；② 有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；③ 以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；④ 通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。因此，黑社会性质组织是否有国家工作人员充当“保护伞”，不影响黑社会性质组织的认定。

(2) 国家机关工作人员组织、领导、参加黑社会性质组织的，从重处罚。

(3) 组织、领导、参加黑社会性质的组织又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

#### 2. 包庇、纵容黑社会性质组织罪

这是指国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织，或者纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动的行为。

3. 入境发展黑社会组织罪，这个仅知道罪名即可。

### 真题示例

(2003-2-43) 关于黑社会性质组织犯罪的认定问题，下列说法哪些是正确的？

- A. 黑社会性质组织是犯罪集团，具有犯罪集团的一般属性
- B. 黑社会性质组织所从事的危害行为，既包括犯罪行为，又包括违法行为
- C. 组织、领导、参加黑社会性质组织罪，既包括组织、领导、参加黑社会性质组织的行为，又包括在该黑社会性质组织统一策划、指挥下从事的其他犯罪行为
- D. 具有国家工作人员的非法保护，是认定黑社会性质组织的必要条件

答案：ABC。



**解析：**依据《刑法》第294条第3款的规定，组织、领导、参加黑社会性质组织罪，只包括组织、领导、参加黑社会性质组织的行为，不包括在该黑社会性质组织统一策划、指挥下从事的其他犯罪行为。C选项是错误的。根据相关司法解释，利用国家工作人员的包庇或者纵容，是认定黑社会性质组织的选择性条件，而不是必要条件，D选项是错误的。

## 重点法条

第二百九十五条 传授犯罪方法的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处5年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。

## 法条精解

传授犯罪方法罪是指用语言、文字、动作或者其他方法把具体犯罪方法传授给他人的行为。

1. 传授犯罪方法罪与教唆犯罪的区别：①前者是将犯罪方法传授给他人；后者是使他人产生犯罪决意。②前者对被传授的对象没有限定；后者要求教唆对象达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力。③前者即使被传授的人按照所传授的方法实施了犯罪，二者也不成立共犯；如果被教唆的人犯教唆的罪，则二者成立共犯。④前者是独立的罪名，具有独立的法定刑；而教唆犯罪不是独立罪名，没有独立的法定刑。

2. 罪数：

(1) 传授犯罪方法罪是独立的罪名，无论行为人传授了多少种不同的犯罪方法，实施了几次传授行为，只能认定是传授犯罪方法罪一罪；而教唆犯罪则不同，根据其教唆的罪名的不同而构成不同的犯罪，无论其教唆的对象是一人还是多人，都应当依据数罪并罚原则处罚。

(2) 在传授犯罪方法的犯罪行为与教唆行为并存情况下，应区分情况，分别处理：①行为人以不同的犯罪内容，对不同对象或同一对象实施了传授或教唆行为时，传授行为、教唆行为各自独立，应构成传授犯罪方法罪与所教唆的犯罪数罪并罚；②行为人以同一犯罪内容，对一人或数人同时实施传授行为和教唆行为，应择一重罪处罚。

## 重点法条

第三百条 组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、行政法规实施的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节特别严重的，处7年以上有期徒刑。

组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人，致人死亡的，依照前款的规定处罚。

组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女、诈骗财物的，分别依照本法第二百三十六条、第二百六十六条的规定定罪处罚。

## 法条精解

注意本罪和故意杀人罪的区别。本罪仅指利用邪教组织制作、散布迷信邪说，蒙骗其成员或者其他人员实施绝食、自残、自虐等行为，或者阻止病人进行正常治疗，致人死亡的情形。如果组织和利用邪教组织制造、散布迷信邪说，指使、胁迫其成员或者其他人员实施自杀行为的，邪教组织成员组织、策划、煽动、教唆、帮助邪教组织成员自杀的，或者唆使信徒杀死其他信徒的，应以故意杀人罪论处。

## 重点法条

第三百零三条 以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

## 法条精解

赌博罪是指以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的行为。

开设赌场罪是指以营利为目的，设立、承包、租赁专门用于赌博活动场所，提供赌博用具的行为。

1. 同一般娱乐性活动的区别。不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等，不以犯罪论处。

2. 聚众赌博所要惩罚的是组织者、召集者，对于其他参加者不应以犯罪论处。





3. 行为人如果在赌博中打架斗殴而致人重伤、死亡或者杀人的，应以赌博罪和故意杀人罪或故意伤害罪并罚。对于因赌博输钱而盗窃、贪污、挪用公款的，也应实行数罪并罚。赌徒用暴力、胁迫手段抢走他人赌资，或者经预谋而抢劫赌场的，按照抢劫罪处理。

4. 以营利为目的，在计算机网络上建立赌博网站，或者为赌博网站担任代理，接受投注的，属于《刑法》第303条规定的“开设赌场”。

5. 中华人民共和国公民在我国领域外周边地区聚众赌博、开设赌场，以吸引中华人民共和国公民为主要客源，构成赌博罪的，可以依照刑法规定追究刑事责任。

6. 明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。

7. 未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的，以非法经营罪定罪处罚。

8. 通过赌博或者为国家工作人员赌博提供资金的形式实施行贿、受贿行为，构成犯罪的，依照刑法关于贿赂犯罪的规定定罪处罚。

### 真题示例

(2009-2-16) 甲长期以赌博所得为主要生活来源。某日，甲在抢劫赌徒乙的赌资得逞后，为防止乙日后报案，将其杀死。对甲的处理，下列哪一选项是正确的？

A. 应以故意杀人罪、抢劫罪并罚

B. 应以抢劫罪从重处罚

C. 应以赌博罪、抢劫罪并罚

D. 应以赌博罪、抢劫罪、故意杀人罪并罚

答案：D。

**解析：**本题考核赌博罪、抢劫罪、故意杀人罪的认定。赌博罪的行为包括以赌博为业，即以赌博所得为其生活或挥霍的主要来源。故本题甲构成赌博罪。根据规定，抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的，以抢劫罪定罪，但行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象，一般不以抢劫罪定罪处罚。甲抢劫的是赌徒乙的赌资，成立抢劫罪。行为人实施抢劫后，为灭口而故意杀人的，以抢劫罪和故意杀人罪定罪，实行数罪并罚。本题中，甲为防止乙日后报案，将其杀死，是出于灭口的动机而故意杀人，故应对抢劫罪与故意杀人罪并罚，又因为甲还犯有赌博罪，应三罪并罚。

### 重点法条

第三百零五条 在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 法条精解

伪证罪是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。

1. 本罪的主体是证人、鉴定人、记录人、翻译人，一般认为，被害人也可以构成本罪主体，但犯罪嫌疑人、被告人不能构成本罪，不能构成本罪的教唆犯、帮助犯。

2. 本罪只可能发生在刑事诉讼中，所谓刑事诉讼是指在立案侦查后，审判终结前的过程中作伪证。在诉讼前作虚假证明包庇犯罪人的，成立包庇罪；在诉讼前作虚假告发，意图使他人受刑事追究的，成立诬告陷害罪。

3. 行为人在主观上有意图陷害他人或者隐匿罪证的目的；客观上对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译。重要关系的情节是与案件有重要关系的情节，是指对案件结论有影响的情节，即对是否构成犯罪，犯罪的性质，罪行的轻重，量刑的轻重具有重要关系的情节。

4. 伪证罪与诬告陷害罪的区别：前罪的主体是特殊主体，后罪的主体是一般主体；前罪只是在与案件有重要关系的个别情节上提供伪证，后罪是捏造整个犯罪事实；前罪的行为发生在整个刑事诉讼中，后罪的行为则是在立案侦查之前实行的，并且是引起案件侦查的原因；前者的犯罪目的可以是陷害他人，也可以是包庇罪犯，后者的目的只能是陷害他人。

5. 行为人诬告他人犯罪，引起了司法机关的追诉活动后，在刑事诉讼中又作伪证的，从一重罪处罚。



(2004-2-7) 下列哪一种行为可以构成伪证罪?

- A. 在民事诉讼中, 证人作伪证的
- B. 在刑事诉讼中, 辩护人伪造证据的
- C. 在刑事诉讼中, 证人故意作虚假证明意图陷害他人的
- D. 在刑事诉讼中, 诉讼代理人帮助当事人伪造证据的

答案: C。

解析: 伪证罪, 是指在刑事诉讼中, 证人、鉴定人、记录人和翻译人对与案件有重要关系的情节, 故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译, 意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。所以构成伪证罪一定是在刑事诉讼中, A 是要排除掉的。该罪的构成主体是证人、鉴定人、记录人和翻译人, 辩护人、诉讼代理人都不能构成伪证罪。综上, 本题的正确选项是 C 项。

## 重点法条

第三百零六条 在刑事诉讼中, 辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据, 帮助当事人毁灭、伪造证据, 威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 情节严重的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实, 不是有意伪造的, 不属于伪造证据。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百零七条 以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 情节严重的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

帮助当事人毁灭、伪造证据, 情节严重的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

司法工作人员犯前两款罪的, 从重处罚。

第三百零八条 对证人进行打击报复的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 情节严重的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

## 法条精解

1. 辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪是指在刑事诉讼中, 辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据, 帮助当事人毁灭、伪造证据, 威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为。

(1) 本罪的主体是刑事诉讼辩护人、诉讼代理人。

(2) 本罪是在刑事诉讼中实施了如下三种行为: 毁灭、伪造证据的行为; 帮助当事人毁灭、伪造证据的行为; 威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为。

2. 妨害作证罪, 这是指采用暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的行为。

(1) 本罪不限于刑事诉讼中, 民事、行政等诉讼中, 也成立本罪。在刑事诉讼中, 犯罪嫌疑人或被告人采用暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证, 虽然不构成伪证罪的共犯, 但可以此罪论处。当然, 如果犯罪嫌疑人或被告人采用的只是一般的嘱托、请求、劝说等方式阻止证人作证或者指使他人作伪证, 则不构成犯罪。

(2) 此处的证人不限于狭义的证人, 还应该包括被害人、鉴定人, 但不包括翻译人和记录人。

(3) 司法工作人员犯本罪从重处罚。

(4) 如果辩护人、诉讼代理人在刑事诉讼中指使他人作伪证, 按照辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪定罪。

3. 帮助毁灭、伪造证据罪是指行为人帮助当事人毁灭、伪造证据, 情节严重的行为。

(1) 这里的当事人不限于刑事诉讼中的当事人。

(2) 如果辩护人、诉讼代理人在刑事诉讼中帮助当事人毁灭、伪造证据, 应以辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪定罪。

(3) 司法工作人员犯本罪的从重处罚。



4. 打击报复证人罪是指对证人进行打击报复的行为。本罪实施过程中，往往会涉及侮辱、诽谤、伤害等犯罪行为。如这些行为独立成罪的，应按数罪并罚的原则处理。

### 真题示例

(2007-2-64) 王某担任辩护人时，编造了一份隐匿罪证的虚假证言，交给被告人陈小二的父亲陈某，让其劝说证人李某背熟后向法庭陈述，并给李某 5 000 元好处费。陈某照此办理。李某收受 5 000 元后，向法庭作了伪证，致使陈小二被无罪释放。后陈某给陈小二 10 万美元，让其逃往国外。关于本案，下列哪些选项是错误的？

- A. 王某的行为构成辩护人妨害作证罪
- B. 陈某劝说李某作伪证的行为构成妨害作证罪的教唆犯
- C. 李某构成辩护人妨害作证罪的帮助犯
- D. 陈某让陈小二逃往国外的行为构成脱逃罪的共犯

答案：BCD。

**解析：**辩护人妨害作证罪，是指在刑事诉讼中，辩护人威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为。作为辩护人的王某让被告人的父亲以好处费利诱证人李某在法庭上作伪证，且证人收受了好处费并且在法庭上作了伪证，王某的行为已经构成辩护人妨害作证罪，所以 A 是正确的。妨害作证罪，是指采用暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的行为。B 项中，陈某亲自劝说并亲手给了证人李某钱财要其作伪证，所以陈某是妨害作证罪的实行犯而不是教唆犯。所以 B 是错误的。伪证罪，是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人和翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。李某收受钱财在法庭上作伪证的行为完全符合伪证罪的特征，已经构成了伪证罪，而不是辩护人妨害作证罪的帮助犯。所以 C 是错误的。脱逃罪，是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人，从羁押和改造场所逃走的行为。构成脱逃罪的主体是依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人，而本案被告陈小二已经被无罪释放，因此从主体上说陈小二就不构成脱逃罪，陈某就谈不上脱逃罪的共犯了。所以 D 是错误的。因此本题的正确选项是 BCD。

### 重点法条

第三百一十条 明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百一十二条 明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、收购或者代为销售的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

第三百六十二条 旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照本法第三百一十条的规定定罪处罚。

### 法条精解

窝藏、包庇罪是指为犯罪人提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿（窝藏），或作假证明掩盖其犯罪事实的行为。

1. 窝藏、包庇罪与事前有通谋的共同犯罪的区别就在于是否事前有通谋。

2. 与伪证罪区别：伪证罪的主体是特殊主体，而本罪的主体是一般主体；伪证罪只能在刑事诉讼过程中发生，而包庇罪既可以在刑事诉讼过程中实施，也可以在此之前实施。因此特定主体在刑事诉讼过程中作伪证以包庇犯罪分子的，是伪证罪，其他人在刑事诉讼之前或之中提供假证明包庇犯罪分子的，是包庇罪。

3. 与帮助毁灭、伪造证据罪的区别：这主要是发生的场合和行为对象不同，包庇罪的作假证明限于在刑事诉讼中为犯罪分子作假证明；而帮助毁灭、伪造证据罪可以在任何诉讼中伪造任何证据（包括假证



明)。以作假证明包庇犯罪分子的,应以包庇罪定罪处罚;而帮助当事人毁灭罪证、湮灭罪迹的行为则应以帮助毁灭、伪造证据罪论处。

4. 单纯的知情不举行为一般不构成犯罪,但是刑法有明确规定的除外。如刑法第311条规定的拒绝提供间谍犯罪证据罪。

5. 特殊包庇:旅馆业、文化娱乐业、出租汽车业等单位人员在公安机关查处卖淫嫖娼活动时为违法分子通风报信情节严重的,按包庇罪定罪处罚。

6. 一些包庇犯罪的行为被单独规定为独立的犯罪,这些犯罪包括:刑法第294条第4款规定的包庇黑社会性质组织罪,即国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织的行为,《刑法》第349条规定的包庇毒品犯罪分子罪,即包庇走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪分子的行为。

## 重点法条

第三百一十三条 对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行,情节严重的,处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

## 法条精解

拒不执行判决、裁定罪是指对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行,情节严重的行为。

1. 判决、裁定的含义:根据立法解释,这是指人民法院依法作出的具有执行内容并已发生法律效力判决、裁定。人民法院为依法执行支付令、生效的调解书、仲裁裁决、公证债权文书等所作的裁定属于该条规定的裁定。

2. 客观表现:本罪是典型的纯正的不作为犯。根据立法解释,下列情形属于刑法规定的“有能力执行而拒不执行,情节严重”的情形:

(1) 被执行人隐藏、转移、故意毁损财产或者无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产,致使判决、裁定无法执行的;

(2) 担保人或者被执行人隐藏、转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产,致使判决、裁定无法执行的;

(3) 协助执行义务人接到人民法院协助执行通知书后,拒不协助执行,致使判决、裁定无法执行的;

(4) 被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋,利用国家机关工作人员的职权妨害执行,致使判决、裁定无法执行的;

(5) 其他有能力执行而拒不执行,情节严重的情形。

3. 犯罪主体:本罪主体包括被执行人、担保人和协助执行义务人。本罪也存在单位犯罪,负有执行人民法院判决、裁定义务的单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员,为了本单位的利益实施拒不执行行为,造成特别严重后果的,对该主管人员和其他直接责任人员依照刑法第313条的规定,以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚。但实施单罚制,不处罚单位。

4. 共同犯罪

(1) 国家机关工作人员有上述立法解释第4项行为的(被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋,利用国家机关工作人员的职权妨害执行,致使判决、裁定无法执行的),以拒不执行判决、裁定罪的共犯追究刑事责任。

(2) 与被执行人共同实施如下行为之一,情节严重的,以拒不执行判决、裁定罪的共犯依法追究刑事责任。

① 以暴力、威胁方法妨害或者抗拒执行,致使执行工作无法进行的;

② 聚众哄闹、冲击执行现场,围困、扣押、殴打执行人员,致使执行工作无法进行的;

③ 毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和其他执行器械、执行人员服装以及执行公务证件,造成严重后果的;

④ 其他妨害或者抗拒执行造成严重后果的。

5. 罪数

(1) 国家机关工作人员收受贿赂或者滥用职权,与被执行人、担保人、协助执行义务人通谋,利用国家机关工作人员的职权妨害执行,致使判决、裁定无法执行的,构成拒不执行判决、裁定罪共犯,同时又构成受贿罪、滥用职权罪规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。





(2) 暴力抗拒人民法院执行判决、裁定, 杀害、重伤执行人员的, 依照故意杀人罪、故意伤害罪的规定定罪处罚。

### 真题示例

(2008-2-17) 甲欠乙 10 万元久拖不还, 乙向法院起诉并胜诉后, 甲在履行期限内仍不归还。于是, 乙向法院申请强制执行。当法院的执行人员持强制执行裁定书到甲家执行时, 甲率领家人手持棍棒在门口守候, 并将试图进入室内的执行人员打成重伤。甲的行为构成何罪?

A. 拒不执行判决、裁定罪

B. 聚众扰乱社会秩序罪

C. 妨害公务罪

D. 故意伤害罪

答案: D。

**解析:** 妨害公务罪和拒不执行判决、裁定罪虽然都是发生在执行公务期间, 但拒不执行判决、裁定罪主要以发生在人民法院工作人员依法执行案件过程中发生。两者是普通与一般关系, 同时《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定案件具体应用法律若干问题的解释》中已经规定了对执法人员使用暴力、威胁手段所承担的后果, 将此种情况特别列出, 也是为了与妨害公务罪适用的区别。因此, 在执行现场中对执法人员实施暴力、威胁行为以拒不执行判决、裁定罪定罪更为符合法律规定。但是, 本题中甲实施的暴力行为超过了司法解释中给出的妨害执行工作无法进行的范围, 而是将执行人员打成重伤, 因此, 甲的行为构成拒不执行判决、裁定罪与故意伤害罪的想象竞合, 应择一重罪处罚, 故意伤害罪致人重伤的量刑幅度为 3 年以上 10 年以下有期徒刑, 因此, 甲应当定故意伤害罪。正确答案应该是 D 项。

### 重点法条

第三百一十六条 依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃的, 处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

劫夺押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑; 情节严重的, 处 7 年以上有期徒刑。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百一十七条 组织越狱的首要分子和积极参加的, 处 5 年以上有期徒刑; 其他参加的, 处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

暴动越狱或者聚众持械劫狱的首要分子和积极参加的, 处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑; 情节特别严重的, 处死刑; 其他参加的, 处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

### 法条精解

#### 1. 脱逃罪

脱逃罪是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃的行为。

(1) 本罪的主体是依法被关押的罪犯(已决犯)、被告人与犯罪嫌疑人; 未被关押的罪犯、被告人与犯罪嫌疑人, 不是本罪主体。但是, 这只是就实行犯而言, 未被关押的人如果教唆、帮助上述人员脱逃的, 成立本罪的共犯。确实无罪的人单纯脱逃的, 不宜认定为脱逃罪。

(2) 本罪的客观方面表现为脱逃。脱逃, 是指脱离监管机关的势力支配的行为, 具体表现为逃离关押场所。脱逃的方式没有限制, 但是节假日获准回家的罪犯, 故意不在规定时间返回监狱, 采取逃往外地等方式逃避入狱的, 也应以脱逃罪论处。

(3) 本罪的主观方面只能是故意, 且出于逃避监管机关的监管目的。如果没有这种目的, 由于某种特殊原因, 暂时离开关押场所, 特殊原因消失后立即回到关押场所的, 一般不宜认定为脱逃罪。

#### 2. 正确区分脱逃罪的既遂与未遂

脱逃罪的既遂与未遂的区分标准是行为人摆脱了监管机关与监管人员的支配(控制)时, 就构成脱逃罪的既遂。脱逃罪的本质是脱离监管机关的支配控制, 脱逃行为人的主观目的也在于摆脱监管机关与监管人员的支配控制, 因此, 摆脱了监管机关与监管人员的支配控制时, 就应认定为既遂。

#### 3. 组织越狱罪

组织越狱罪, 是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人, 在首要分子组织、策划、指挥下, 有组织地脱逃的行为。本罪与脱逃罪的关键区别在于, 是否有组织地越狱脱逃。判断是否构成有组织地越狱脱





逃，一是要看参与越狱脱逃的人数是否在3人以上；二是要看是否有组织、策划、指挥的首要分子。对二者都得出肯定结论的，应认定为组织越狱罪。

#### 4. 暴动越狱、聚众持械劫狱罪

暴动越狱罪，是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人，在首要分子组织、策划、指挥下，采用暴动方式，有组织地脱逃的行为。是否采取暴动方式，是本罪区别于组织越狱罪的关键。聚众持械劫狱罪，是指狱外人员在首要分子组织、策划、指挥下，持械劫夺狱中罪犯、被告人或犯罪嫌疑人的行为。是否有首要分子、是否持械、是否劫夺狱中的罪犯、被告人或犯罪嫌疑人，是本罪区别于劫夺被押解人员罪的关键。

### 真题示例

(2004-2-58) 下列哪些人可以成为脱逃罪的主体？

- A. 被判处管制的犯罪分子
- B. 依法被关押的罪犯
- C. 依法被关押的被告人
- D. 依法被关押但尚无充分证据证明有罪的犯罪嫌疑人

答案：BCD。

解析：脱逃罪的犯罪主体是特殊主体，即依法被逮捕、关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。包括已经拘留、逮捕而尚未判决的未决犯和已被判处拘役以上剥夺自由刑罚的罪犯。故选 BCD。

### 重点法条

第三百一十八条 组织他人偷越国（边）境的，处2年以上6年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

- （一）组织他人偷越国（边）境集团的首要分子；
- （二）多次组织他人偷越国（边）境或者组织他人偷越国（边）境人数众多的；
- （三）造成被组织人重伤、死亡的；
- （四）剥夺或者限制被组织人人身自由的；
- （五）以暴力、威胁方法抗拒检查的；
- （六）违法所得数额巨大的；
- （七）有其他特别严重情节的。

犯前款罪，对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

#### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理组织、运送他人偷越国（边）境等刑事案件适用法律若干问题的解释》

第一条 领导、策划、指挥他人偷越国（边）境或者在首要分子指挥下，实施拉拢、引诱、介绍他人偷越国（边）境等行为的，属于刑法第三百一十八条规定的“组织他人偷越国（边）境”。

第二条 刑法第三百一十八条第（二）项、第三百二十一条第（一）项规定的“人数众多”，一般是指组织、运送他人偷越国（边）境人数在十人以上。

#### 《刑法》

第三百二十一条 运送他人偷越国（边）境的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；有下列情形之一的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金：

- （一）多次实施运送行为或者运送人数众多的；
- （二）所使用的船只、车辆等交通工具不具备必要的安全条件，足以造成严重后果的；
- （三）违法所得数额巨大的；
- （四）有其他特别严重情节的。

在运送他人偷越国（边）境中造成被运送人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查的，处七年以上有期徒刑，并处罚金。

犯前两款罪，对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

此考点有组织他人偷越国（边）境罪、运送他人偷越国（边）境罪、骗取出境证件罪、提供伪造、变造的出入境证件罪、出售出入境证件罪（不再另定买卖国家机关证件罪）、偷越国（边）境罪等的认定。前两种罪名的加重情节和罪数问题是重点。

另外，本考点除了骗取出境证件罪有单位犯罪外，其他都是自然人犯罪。

#### 1. 组织他人偷越国（边）境罪

这是指领导、策划、指挥他人偷越国边境或者在首要分子的指挥下，实施拉拢、引诱、介绍他人偷越国（边境）的行为。

本罪有七种加重处罚情节：①组织他人偷越国（边）境集团的首要分子；②多次组织他人偷越国（边）境或者组织他人偷越国（边）境人数众多的；③造成被组织人重伤、死亡的（过失）；④剥夺或者限制被组织人人身自由的；⑤以暴力、威胁方法抗拒检查的；⑥违法所得数额巨大的；⑦有其他特别严重情节的。

对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

#### 2. 运送他人偷越国（边）境罪

这是指使用车船等交通工具或者徒步将偷越者接入或送出国（边）境的行为。对于此罪，也要注意四种加重处罚情节及两种更为加重处罚情节——四种加重情节：①多次实施运送行为或者运送人数众多的；②所使用的船只、车辆等交通工具不具备必要的安全条件，足以造成严重后果的；③违法所得数额巨大的；④有其他特别严重情节的。两种更为加重处罚情节：①造成被运送人重伤、死亡（过失）；②以暴力、威胁方法抗拒检查的。前者的刑罚幅度是5年以上，10年以下有期徒刑，并处罚金；而后者的刑罚是7年以上有期徒刑，并处罚金。

对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

### 重点法条

第三百二十四条 故意损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

故意损毁国家保护的名胜古迹，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

过失损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

#### 【关联法条】

##### 《刑法》

第三百二十五条 违反文物保护法规，将收藏的国家禁止出口的珍贵文物私自出售或者私自赠送给外国人的，处五年以下有期徒刑或者拘役，可以并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

第三百二十六条 以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

第三百二十七条 违反文物保护法规，国有博物馆、图书馆等单位将国家保护的文物藏品出售或者私自送给非国有单位或者个人的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。

### 法条精解

此类犯罪的犯罪对象是文物，根据立法解释，刑法有关文物的规定，适用于具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石。





### 1. 故意损毁文物罪和故意损毁名胜古迹罪

故意损毁文物罪是故意损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物的行为。

故意损毁名胜古迹罪是指故意损毁国家保护的名胜古迹，情节严重的行为。

(1) 符合这两个罪的行为，不再另定故意损毁财物罪。对盗窃珍贵文物的，如果仅属窃取，应定盗窃罪；在盗窃过程中破坏珍贵文物、名胜古迹的，可以按盗窃罪或者故意损毁文物罪、故意损毁名胜古迹罪中的一重罪从重处罚。比如，2004年试题，甲晚上潜入一古寺，将寺内古墓室中有珍贵文物编号的金佛的头用钢锯锯下，销赃后获赃款10万元。对甲就首先应该以盗窃罪和故意损毁文物罪从一重罪论处，以盗窃罪追究其刑事责任，同时事后的销赃行为由于侵害了新的法益，不属于不可罚之后行为，应以盗窃罪与倒卖文物罪数罪并罚。

(2) 前罪有过失犯罪（过失损毁文物罪），但后罪没有。

### 2. 非法向外国人出售、赠送文物罪和非法出售、私赠文物藏品罪

非法向外国人出售、赠送文物罪是指违反文物保护法规，将收藏的国家禁止出口的珍贵文物私自出售或者私自赠送给外国人的行为。

非法出售、私赠文物藏品罪是指违反文物保护法规，国有博物馆、图书馆等单位将国家保护的文物藏品出售或者私自送给非国有单位或者个人的行为。

前罪可由单位构成，也可由自然人构成。而后罪主体只能是单位，而且是特殊主体，包括国有博物馆、图书馆等单位，如果个人利用职务便利，将国有文物藏品私赠他人，应以贪污罪定罪。后罪的对象只限于国内的非国有单位或个人，如果出售或者私赠给外国机构、组织或个人，则成立前罪。

### 3. 倒卖文物罪

倒卖文物罪是指以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的行为。

(1) 本罪主体可以是单位，也可以是自然人

(2) 盗窃文物后再出售的，应当以盗窃罪或盗掘古文化遗址、古墓葬罪，盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪与倒卖文物罪数罪并罚。

### 4. 盗掘古文化遗址、古墓葬罪，盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪

盗掘古文化遗址、古墓葬罪，是指盗掘具有历史、文化、科学价值的古文化遗址、古墓葬的行为。本罪的对象是具有历史、文化、科学价值的古文化遗址、古墓葬。这是指清代和清代以前的具有历史、文化、科学价值的古文化遗址、古墓葬以及辛亥革命后与著名历史事件有关的名人墓葬、遗址和纪念地。古文化遗址，包括古窟、地下城、古建筑等；古墓葬，包括皇帝陵墓、革命烈士墓地。如果盗窃的是一般的墓葬，窃取数额较大的财物，则应以盗窃罪论处。

另外盗掘是指未经国家文物主管部门或有关部分批准，私自挖掘古文化遗址、古墓葬、古人类化石、古脊椎动物化石，因此，如果是已经被有关部门等机构发掘出来的珍贵文物或化石，就不存在盗“掘”的问题，不属于此两罪的对象，但可以成为盗窃罪的对象。如果在盗掘过程中造成珍贵文物或名胜古迹毁坏的，应该从一重罪论处。但是在盗掘过程中，故意破坏古文化遗址、古墓葬中的珍贵文物等，则应数罪并罚。

## 重点法条

第三百三十五条 医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

## 法条精解

医疗事故罪，这是指医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的行为。

1. 本罪主体只能由医务人员构成，即从事诊疗、护理的人员还包括药剂人员及经批准的个体行医人员。
2. 本罪是业务过失，一般要通过违反医疗规章制度和诊疗、护理常规表现出来。

## 真题示例

(2005-2-62) 甲系某市国有博物馆的馆长。某日，市政府领导带某国博物馆代表团来参观。甲当即决定将本馆收藏的一件战国时期的青铜奔马赠送给市政府，作为新落成的市政府办公大楼的装饰；同时，将一件国家禁止出口的珍贵文物赠送给该外国博物馆代表团。另外，甲还偷偷将本馆的一件珍贵文物据为



己有。甲的行为构成：

- A. 贪污罪
- B. 私赠文物藏品罪
- C. 非法向外国人赠送珍贵文物罪
- D. 盗窃珍贵文物罪

答案：AC。

**解析：**甲将国家文物赠送给市政府的行为，不符合私赠文物藏品罪对行为对象（非国有单位或者个人，《刑法》第327条）的要求，不构成此罪，如果甲的行为引起严重后果，可能构成国有事业单位人员滥用职权罪。甲将禁止出口的珍贵文物赠送给外国人的，触犯《刑法》第325条，构成非法向外国人赠送珍贵文物罪。甲利用自己是馆长身份，有管理文物的便利，将本馆国有文物据为己有，符合贪污罪的构成要件。所以最终答案为甲构成贪污罪和非法向外国人赠送珍贵文物罪。

### 重点法条

第三百三十六条 未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处10年以上有期徒刑，并处罚金。

未取得医生执业资格的人擅自为他人进行节育复通手术、假节育手术、终止妊娠手术或者摘取宫内节育器，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处10年以上有期徒刑，并处罚金。

#### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十二条 未取得医师执业资格非法行医，具有造成突发传染病病人、病原携带者、疑似突发传染病病人贻误诊治或者造成交叉感染等严重情节的，依照刑法第三百三十六条第一款的规定，以非法行医罪定罪，依法从重处罚。

### 法条精解

非法行医罪是指未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的行为。

1. 本罪的主体是未取得医生执业资格的自然人。这里需要注意的是，具有执业医师资格，未取得“医师执业证书”或者“医疗机构执业许可证”进行行医活动的，只是违反了《执业医师法》对医师执业活动行政管理的规定，不属于“未取得医生执业资格的人”，不构成本罪。

2. 本罪是故意犯罪，明知自己无资格而行医，因此本罪并不需要造成严重结果，这是它与医疗事故罪的区别。

3. 本罪是职业犯，必须以非法行医为职业，一次非法行医造成严重事故，不能以此罪论处，但可以过失致人死亡罪或过失致人重伤罪处罚。

### 真题示例

（2005-2-15）甲系某医院外科医师，应邀在朋友乙的私人诊所兼职期间，擅自为多人进行了节育复通手术。对甲的行为应当如何定性？

- A. 构成非法行医罪
- B. 构成非法进行节育手术罪
- C. 构成医疗事故罪
- D. 不构成犯罪

答案：D。

**解析：**根据《刑法》第336条的规定，非法进行节育手术罪和非法行医罪的主体都必须是“未取得医生执业资格的人”，题目中某甲具有医师资格，所以AB选项错误。根据《刑法》335条的规定，构成医疗事故罪首先是过失犯罪，还必须有“造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康”的后果，而本题目中甲某的行为虽是故意为之，但没有造成就诊人死亡或严重损害就诊人身体健康的后果，因而不构成医疗事故罪，所以C选项也是错误的。我国现行法律并没有规定医生擅自为多人进行节育复通手术构成犯罪，根据“法无明文规定不为罪”的原则，不认为甲的行为构成犯罪。所以本题应选D项。

### 重点法条

第三百三十八条 违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染





病原体、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十三条 违反传染病防治法等国家有关规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成突发传染病传播等重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的，依照刑法第三百三十八条的规定，以重大环境污染事故罪定罪处罚。

### 法条精解

重大环境污染事故罪是指违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的行为。

另外，重大环境污染事故罪的主体是单位主体，要求违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的。投放危险物质罪是一般主体，也没有上述行为和结果的限制。

### 真题示例

(2007-2-58) 下列哪些情形构成以危险方法危害公共安全罪？

- A. 投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的
- B. 故意破坏正在使用的矿井下的通风设备的
- C. 违反国家规定，向土地大量排放危险废物，造成重大环境污染事故，导致多人死亡的
- D. 故意传播突发性传染病病原体，危害公共安全的

答案：BD。

解析：以危险方法危害公共安全罪，是指故意以放火、决水、爆炸、投毒以外的并与之相当的危险方法，足以危害公共安全的行为。A项的情形构成投放虚假危险物质罪，并不构成以危险方法危害公共安全罪，所以A项是错误的，D项是正确的。《刑法》第114条规定，放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。B项中故意破坏正在使用的矿井下通风设备会对井下的工作人员的生命安全造成严重危害，所以构成以危险方法危害公共安全罪。所以B是正确的。C项中的情形构成重大环境污染事故罪。所以BD是正确的。

### 重点法条

第三百四十五条 盗伐森林或者其他林木，数量较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数量巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；数量特别巨大的，处7年以上有期徒刑，并处罚金。

违反森林法的规定，滥伐森林或者其他林木，数量较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数量巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

非法收购、运输明知是盗伐、滥伐的林木，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第三条 以非法占有为目的，具有下列情形之一，数量较大的，依照刑法第三百四十五条第一款的规定，以盗伐林木罪定罪处罚：

- (一) 擅自砍伐国家、集体、他人所有或者他人承包经营管理的森林或者其他林木的；
- (二) 擅自砍伐本单位或者本人承包经营管理的森林或者其他林木的；

(三) 在林木采伐许可证规定的地点以外采伐国家、集体、他人所有或者他人承包经营管理的森林或者其他林木的。

第五条 违反森林法的规定，具有下列情形之一，数量较大的，依照刑法第三百四十五条第二款的规定，以滥伐林木罪定罪处罚：

(一) 未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证，或者虽持有林木采伐许可证，但违反林木采伐许可证规定的时间、数量、树种或者方式，任意采伐本单位所有或者本人所有的森林或者其他林木的；

(二) 超过林木采伐许可证规定的数量采伐他人所有的森林或者其他林木的。林木权属争议一方在林木权属确权之前，擅自砍伐森林或者其他林木，数量较大的，以滥伐林木罪论处。

第十条 刑法第三百四十五条规定的“非法收购明知是盗伐、滥伐的林木”中的“明知”，是指知道或者应当知道。具有下列情形之一的，可以视为应当知道，但是有证据证明确属被蒙骗的除外：

(一) 在非法的木材交易场所或者销售单位收购木材的；

(二) 收购以明显低于市场价格出售的木材的；

(三) 收购违反规定出售的木材的。

《最高人民法院关于在林木采伐许可证规定的地点以外采伐本单位或者本人所有的森林或者其他林木的行为如何适用法律问题的批复》

违反森林法的规定，在林木采伐许可证规定的地点以外采伐本单位或者本人所有的森林或者其他林木的除农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木以外，属于《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第一款第(一)项“未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证”规定的情形，数量较大的，依照刑法第三百四十五条的规定，以滥伐林木罪定罪处罚。

## 法条精解

### 1. 盗伐林木罪

盗伐林木罪是指以非法占有为目的，盗伐国家、集体所有的森林或者其他林木，以及盗伐他人自留山上的成片林木，数量较大，破坏森林资源的行为。

(1) 行为方式。盗伐林木有三种情形：①擅自砍伐国家、集体、他人所有或者他人承包经营管理的森林或者其他林木的；②擅自砍伐本单位或者本人承包经营管理的森林或者其他林木的；③在林木采伐许可证规定的地点以外采伐国家、集体、他人所有或者他人承包经营管理的森林或者其他林木的。

(2) 主观上必须有非法占有的目的。

(3) 主体可以是自然人也可以是单位，这也是与盗窃罪的区别所在，盗窃罪没有单位犯罪。

(4) 与其他犯罪的区别。①与盗窃罪的区别。将国家、集体、他人所有并已经伐倒的树木窃为己有，以及偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木，数额较大的，依照规定，以盗窃罪定罪处罚。本罪有单位犯罪，但盗窃罪没有单位犯罪。②与破坏生产经营罪的区别。因泄愤报复而毁坏生长中的林木，情节严重的，按破坏生产经营罪处罚。③与故意毁坏财物罪的区别。因进行营利性生产，违反森林管理法规，毁坏林木，影响林木正常生长，致使林木死亡，情节严重的，以故意毁坏财物罪处罚。需要注意的是：与盗伐林木罪相关的是，该罪是指违反森林法规，未经林业行政主管部门等许可并核发采伐许可证，或者虽然持有采伐许可证，但违背采伐证所规定的地点、数量、树种、方式而任意采伐本单位所有或管理的林木，以及本人自留山上的森林或者其他林木，数量较大的行为。本罪也可是单位犯罪。

### 2. 滥伐林木罪

(1) 滥伐林木罪的行为方式。滥伐林木有三种情形：①未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证，或者虽持有林木采伐许可证，但违反林木采伐许可证规定的时间、数量、树种或者方式，任意采伐本单位所有或者本人所有的森林或者其他林木，数量较大的；②超过林木采伐许可证规定的数量采伐他人所有的森林或者其他林木，数量较大的；③林木权属争议一方在林木权属确权之前，擅自砍伐森林或者其他林木，数量较大的。

另外，根据最高人民法院的批复，违反森林法的规定，在林木采伐许可证规定的地点以外，采伐本单位或者本人所有的森林或者其他林木的，除农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木以外，属于“未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证”规定的情形，数量较



大的，应当以滥伐林木罪定罪处罚。

(2) 滥伐林木罪与盗伐林木罪的区别。前者仅破坏了林业资源保护，后者还侵犯了财产权；前者可能包括自己所有的林木，后者不包括自己所有的林木；前者是不按要求任意砍伐的行为，后者是盗伐行为；前者不具有非法占有的目的，而后者具有。

### 真题示例

(2003-2-8) 李某多次尾随盗伐林木人员，将其砍倒尚未运走的林木偷偷运走，销赃获利数千元。此外，他还盗伐了他人自留地、责任田等地边田坎种植的零星树木 5 个多立方米。对李某的上述行为应当如何定罪处罚？

- A. 以盗伐林木罪定罪处罚
- B. 以盗窃罪定罪处罚
- C. 以盗伐林木罪和盗窃罪定罪，实行数罪并罚
- D. 以盗伐林木罪、盗窃罪和销售赃物罪定罪，实行数罪并罚

答案：B。

解析：依最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条的规定，将国家、集体、他人所有并已经伐倒的树木窃为己有，以及偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木，数额较大的，依照《刑法》第 264 条的规定，以盗窃罪定罪处罚。盗窃后的销赃行为与盗窃行为之间是牵连关系，从一重罪处罚，不另定销赃罪。

### 重点法条

第三百四十七条 走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。

走私、贩卖、运输、制造毒品，有下列情形之一的，处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产：

(一) 走私、贩卖、运输、制造鸦片 1000 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上或者其他毒品数量大的；

(二) 走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；

(三) 武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；

(四) 以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；

(五) 参与有组织的国际贩毒活动的。

走私、贩卖、运输、制造鸦片 200 克以上不满 1000 克、海洛因或者甲基苯丙胺 10 克以上不满 50 克或者其他毒品数量较大的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金。

走私、贩卖、运输、制造鸦片不满 200 克、海洛因或者甲基苯丙胺不满 10 克或者其他少量毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯第二款、第三款、第四款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。

对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百四十九条 包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

缉毒人员或者其他国家机关工作人员掩护、包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，依照前款的规定从重处罚。

犯前两款罪，事先通谋的，以走私、贩卖、运输、制造毒品罪的共犯论处。

第三百五十七条 本法所称的毒品，是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算，不以纯度折算。





1. 走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任。

2. 此罪有五种加重情节，其刑罚是15年有期徒刑、无期徒刑、死刑，并处没收财产。

(1) 走私、贩卖、运输、制造鸦片1千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺50克以上或者其他毒品数量大的；

(2) 走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；

(3) 武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；

(4) 以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；

(5) 参与有组织的国际贩毒活动的。

这里要提醒的是第4种情节不应与妨害公务罪数罪并罚，第5种情况是“有组织的”国际贩毒活动，而并非单纯的国际贩毒活动。

3. 直接向走私毒品的犯罪人购买毒品的，以走私毒品罪论处；居间介绍买卖毒品，不论是否从中牟利，以贩卖毒品罪的共犯论处；明知他人制造毒品而为其提供制毒物品的，以制造毒品罪的共犯论处。分装毒品为制造毒品的一个环节，视为制造毒品。走私毒品是由境内向境外输出毒品，或者由境外向境内输入毒品，运输毒品只限于国内范围的某地向另一地的转移。

4. 毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算，不以纯度折算，但是为掩护运输而将毒品融入其他物品中，不应将其他物品计入毒品的数量；对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。

5. 单位可以构成本罪，实施双罚制。

6. 不知是假毒品而以毒品进行贩卖的，属于贩卖毒品罪的未遂。故意贩卖假毒品牟利的，按诈骗罪处理，不构成贩卖毒品罪。如果行为人以为自己所使用的原料与配料能够制造出毒品，但在事实上没有制造出毒品，如果在客观有制造出毒品的可能性，只是由于方法或配量不当等原因没有制造出来，这属于制造毒品罪的未遂，如果根本就不可能制造出毒品，则属于迷信犯，不构成犯罪。

7. 利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。

8. 包庇毒品犯罪分子罪；窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪

(1) 两罪只是针对走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的包庇或窝藏等行为，对于其他毒品犯罪进行包庇或者窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃的，应以基本罪包庇罪和窝藏、转移、隐瞒赃物罪论处。

(2) 如果事先与毒品犯罪分子通谋，事后包庇或窝藏毒赃等的，应以毒品犯罪的共同犯罪论处。

(3) 缉毒人员或者其他国家机关工作人员掩护、包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，从重处罚。

(4) 如果利用金融工具、金融手段通过转账、结算、协助将毒赃汇往境外等方式掩饰、隐瞒毒品犯罪所得及收益，应定洗钱罪，而不能定此罪。

9. 非法提供麻醉药品、精神药品罪

非法提供麻醉药品、精神药品罪是指依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的人员，违反国家规定，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的行为。

如果向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者以牟利为目的，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的，以贩卖毒品罪定罪处罚。

10. 其他

本考点还有走私制毒物品罪，非法买卖制毒物品罪，非法种植毒品原植物罪，非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪，引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪，强迫他人吸毒罪，容留他人吸毒罪。

(1) 在本节中的毒品犯罪中，除走私、贩卖、运输、制造毒品罪，走私制毒物品罪，非法买卖制毒物品罪，非法提供麻醉药品、精神药品罪外，其他都无单位犯罪。

(2) 非法种植罂粟或者其他毒品原植物，在收获前自动铲除的，可以免除处罚。

(3) 引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的，从重处罚。在食品中掺用罂粟壳的，应以欺骗他人吸毒罪处理。

(4) 因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节规定之罪的，从重处罚。对依



法同时构成再犯和累犯的被告人，一律适用《刑法》第356条规定的再犯条款从重处罚，不再援引《刑法》关于累犯的条款。

## 真题示例

(2007-2-16) 陈某向王某声称要购买80克海洛因，王某便从外地购买了80克海洛因。到达约定交货地点后，陈某掏出仿真手枪威胁王某，从王某手中夺取了80克海洛因。此后半年内，因没有找到买主，陈某一直持有80克海洛因。半年后，陈某将80克海洛因送给其毒瘾很大的朋友刘某，刘某因过量吸食海洛因而死亡。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 王某虽然是陈某抢劫的被害人，但其行为仍成立贩卖毒品罪
- B. 陈某持仿真手枪取得毒品的行为构成抢劫罪，但不属于持枪抢劫
- C. 陈某抢劫毒品后持有该毒品的行为，被抢劫罪吸收，不另成立非法持有毒品罪
- D. 陈某将毒品送给刘某导致其过量吸食进而死亡的行为，成立过失致人死亡罪

答案：D。

解析：陈某从王某处抢劫的海洛因是王某从外地购买的，所谓贩卖毒品罪是指明知是毒品而贩卖的。王某从陈某处得知陈想要海洛因，而且王某也到外地去购买了，并且要卖给陈某，尽管王某和陈某的海洛因交易并不是以两人钱货两清而终结，而是以陈某将王某手里的海洛因抢走而告终，但并不影响对王某构成贩卖毒品罪的认定。所以A项的观点是正确的，不应选。陈某持仿真手枪抢劫王某的行为不属于持枪抢劫。仿真枪并不具有上述特性，所以不算是持枪抢劫中的枪支，故此陈某的行为不属于持枪抢劫。所以B项的观点是正确的。本案中，陈某抢劫王某的行为构成非法持有毒品罪和抢劫罪，符合吸收犯的特征，因此重罪吸收轻罪，只定抢劫罪，而不定非法持有毒品罪。所以C项的观点是正确的，不应选。过失致人死亡罪是指因过失而致人死亡的行为。构成过失致人死亡罪行为入客观上必须发生致他人死亡的实际后果，行为入必须实施过失致人死亡的行为。本案中，陈某只是将海洛因送给吸毒者刘某，并没有紧迫的、直接的引起刘某的生命危险，所以陈某并不构成过失致人死亡罪。所以D项的观点是错误的，应选。

## 重点法条

第三百四十八条 非法持有鸦片1000克以上、海洛因或者甲基苯丙胺50克以上或者其他毒品数量大的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金；非法持有鸦片200克以上不满1000克、海洛因或者甲基苯丙胺10克以上不满50克或者其他毒品数量较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

## 法条精解

非法持有毒品罪是指明知是毒品而无合法理由持有的行为。非法持有毒品罪的立法目的在于，对那些被查获的行为人，因非法持有数量较大的毒品，但又没有足够证据证明其犯有其他毒品犯罪而设的罪名。相反，如果确有足够证据证明被查获的毒品持有人具有其他毒品犯罪的目的，则应认定构成其他相关毒品罪。

1. 非法持有毒品必须达到法定数量才构成犯罪。其标准为鸦片200克以上、海洛因或者甲基苯丙胺10克以上或者其他毒品数量较大的。

2. 走私、贩卖、运输、制造毒品后又持有的，持有行为被吸收，不另行定罪。只有当行为入不是为了进行其他毒品犯罪而持有毒品，应认定为非法持有毒品罪。总之，非法持有毒品达到犯罪数量标准，没有证据证明实施了走私、贩卖、运输、制造毒品等犯罪行为的，才能以非法持有毒品罪定罪。

3. 盗窃、抢劫毒品的，应当分别以盗窃罪或者抢劫罪定罪。认定盗窃犯罪数额，可以参考当地毒品非法交易的价格。认定抢劫罪的数额，即是抢劫毒品的实际数量。盗窃、抢劫毒品后对毒品的持有，不能另定持有毒品罪，但又实施其他毒品犯罪的，则以盗窃罪、抢劫罪与实施的具体毒品犯罪，依法实行数罪并罚。

4. 对于吸毒者实施的毒品犯罪，在认定犯罪事实和确定罪名上一定要慎重。吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获的，如没有证据证明被告人实施了其他毒品犯罪行为的，一般不应定罪处罚，但查获的毒品数量大的，应当以非法持有毒品罪定罪；毒品数量未超过《刑法》第348条规定数量最低标准的，不定罪处罚。对于以贩养吸的被告人，应以贩卖毒品罪论处，被查获的毒品数量应认定为其犯罪的数量，但量刑时应考虑被告人吸食毒品的情节。



5. 有证据证明行为人不是以营利为目的, 为他人代买仅用于吸食的毒品, 毒品数量超过刑法第 348 条规定数量最低标准, 构成犯罪的, 托购者、代购者均构成非法持有毒品罪。

### 真题示例

(2005-2-12) 毒贩甲得知公安机关近来要开展“严打”斗争, 遂将尚未卖掉的 50 多克海洛因和贩毒所得赃款 8 万多元拿到家住偏远农村的亲戚乙处隐藏。公安机关得到消息后找乙调查此事, 乙矢口否认。乙当晚将上述毒品、赃款带到后山山洞隐藏时被跟踪而至的公安人员当场抓获。乙的上述行为应当以何罪论处?

A. 非法持有毒品罪

B. 窝藏、转移赃物罪

C. 窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪

D. 包庇毒品犯罪分子罪

答案: C。

解析: 本题中, 乙能够说明毒品的来源, 所以不构成非法持有毒品罪。因此 A 项不应选。窝藏、转移赃物罪是指明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移的行为。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪, 是指明知是毒品或者毒品犯罪所得的财物而为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒的行为。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪是窝藏、转移赃物罪的特殊规定, 按照“特殊法优于一般法的原则”, 乙构成窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪。所以 B 项不应选, 而选 C 项。包庇毒品犯罪分子罪, 是指明知是走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子, 而向司法机关作假证明掩盖其罪行, 或者帮助其毁灭罪证, 以使其逃避法律制裁的行为。本题中, 乙的行为并没有作假证明掩盖其罪行或者帮助甲毁灭罪证等“包庇”行为, 故此 D 项也不应当选。

### 重点法条

第三百五十八条 组织他人卖淫或者强迫他人卖淫的, 处 5 年以上 10 年以下有期徒刑, 并处罚金; 有下列情形之一的, 处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处罚金或者没收财产:

(一) 组织他人卖淫, 情节严重的;

(二) 强迫不满 14 周岁的幼女卖淫的;

(三) 强迫多人卖淫或者多次强迫他人卖淫的;

(四) 强奸后迫使卖淫的;

(五) 造成被强迫卖淫的人重伤、死亡或者其他严重后果的。

有前款所列情形之一, 情节特别严重的, 处无期徒刑或者死刑, 并处没收财产。

协助组织他人卖淫的, 处 5 年以下有期徒刑, 并处罚金; 情节严重的, 处 5 年以上 10 年以下有期徒刑, 并处罚金。

### 法条精解

1. 组织卖淫罪是指招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段, 控制多人从事卖淫活动的行为。

(1) 本罪的主体必须是卖淫的组织者, 可以是一人, 也可是数人。

(2) 多人是指 3 人以上 (含本数), 主要是女性, 也包括男性。既包括向异性卖淫, 也包括向同性卖淫。

(3) 组织他人卖淫, 又引诱、容留、介绍被组织的人卖淫, 由于引诱、容留、介绍都视为组织行为的组成部分, 因此, 只构成组织卖淫罪。如果这些行为是被组织者以外的其他人实施的, 仍应分别定罪, 实行数罪并罚。

2. 强迫卖淫罪是指使用暴力、威胁、虐待等强制方法迫使他人卖淫的行为。此罪要注意与强奸罪的区别, 如果只是强迫妇女与自己发生性交, 并支付性对价, 这应以强奸罪论处, 而不构成强迫卖淫罪。如果强奸行为与强迫他人卖淫的行为之间没有联系, 则应当分别定罪, 实行并罚。如果强迫他人从事卖淫, 在卖淫过程中, 与之发生性行为, 或者为了迫使卖淫而强奸的, 则应认定为强迫卖淫罪。

3. 两罪的加重情节: ①组织他人卖淫, 情节严重的; ②强迫不满 14 周岁的幼女卖淫的; ③强迫多人卖淫或者多次强迫他人卖淫的; ④强奸后迫使卖淫的。这是一种通过强奸方法来迫使卖淫, 无需另定强奸, 如果强奸时并无迫使卖淫之意, 后来才生此意, 则应数罪并罚; ⑤造成被强迫卖淫的人重伤、死亡或者其他严重后果的。但是如果故意伤害、杀害被强迫人的, 应该以故意伤害罪、故意杀人罪与强迫卖淫罪或组织卖淫罪数罪并罚。





#### 4. 特殊规定

(1) 旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，利用本单位的条件，组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的，依照组织卖淫罪，协助组织卖淫罪，强迫卖淫罪，引诱、容留、介绍卖淫罪，引诱幼女卖淫罪定罪处罚。这些单位的主要负责人，犯这些罪的，从重处罚。需要注意的是，这并非单位犯罪的规定，仍是自然人犯罪。

(2) 旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照包庇罪的规定定罪处罚。

### 真题示例

(2006-2-57) 对下列哪些行为不能认定为强奸罪？

- A. 拐卖妇女的犯罪分子奸淫被拐卖的妇女的
- B. 甲利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的
- C. 利用迷信奸淫妇女的
- D. 组织卖淫的犯罪分子强奸妇女后迫使其卖淫的

答案：AD。

解析：A 项中，根据《刑法》第 240 条第 1 款第 3 项的规定，奸淫被拐卖的妇女是拐卖妇女罪的加重情节，故 A 应选；D 项中，根据《刑法》第 358 条第 1 款第 4 项，强奸后迫使卖淫是组织卖淫罪的加重情节，故 D 也应当选。B 项，依照《刑法》第 259 条第 2 款的规定，利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，依照《刑法》第 236 条的规定以强奸罪定罪处罚。C 项，依照《刑法》第 300 条第 3 款的规定，利用迷信奸淫妇女的，依照《刑法》第 236 条的规定以强奸罪定罪处罚。BC 均以强奸罪定罪处罚，故 AD 为应选答案。

### 重点法条

第三百五十九条 引诱、容留、介绍他人卖淫的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

引诱不满 14 周岁的幼女卖淫的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

### 法条精解

引诱、容留、介绍卖淫罪中，引诱是指他人本无卖淫意图，而勾引、引诱使之从事卖淫；容留是指允许他人在自己管理的场所卖淫或者为他人卖淫提供场所的行为；介绍是指在嫖客和卖淫者之间牵线搭桥，沟通撮合，使卖淫得以实现的行为。

### 重点法条

第三百六十条 明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

嫖宿不满 14 周岁的幼女的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

### 法条精解

这是指明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而卖淫嫖娼的行为。至于是否已实际造成他人染上性病的结果，不影响本罪的成立。本罪必须发生在卖淫嫖娼过程中，行为人通过其他方式（如通奸等）将性病传播给他人的，不构成本罪。另外，本罪的明知也可采用推定性明知。下列情况可以推定具有明知：①有证据证明曾到医院就医，被诊断为患有严重性病的；②根据本人的知识和经验，能够知道自己患有严重性病的；③通过其他方法能够证明被告人是“明知”的。

### 重点法条

第三百六十三条 以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。



为他人提供书号，出版淫秽书刊的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号的，依照前款的规定处罚。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百六十七条 本法所称淫秽物品，是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。

有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。

包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 以牟利为目的，利用互联网、移动通讯终端制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

- (一) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电影、表演、动画等视频文件二十个以上的；
- (二) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽音频文件一百个以上的；
- (三) 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子刊物、图片、文章、短信息等二百件以上的；
- (四) 制作、复制、出版、贩卖、传播的淫秽电子信息，实际被点击数达到一万次以上的；
- (五) 以会员制方式出版、贩卖、传播淫秽电子信息，注册会员达二百人以上的；
- (六) 利用淫秽电子信息收取广告费、会员注册费或者其他费用，违法所得一万元以上的；
- (七) 数量或者数额虽未达到第(一)项至第(六)项规定标准，但分别达到其中两项以上标准一半以上的；
- (八) 造成严重后果的。

利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式，实施第一款规定行为的，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。

第七条 明知他人实施制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息犯罪，为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、费用结算等帮助的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，以共同犯罪论处。

《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第九条 为他人提供书号、刊号，出版淫秽书刊的，依照刑法第三百六十三条第二款的规定，以为他人提供书号出版淫秽书刊罪定罪处罚。

为他人提供版号，出版淫秽音像制品的，依照前款规定定罪处罚。

明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号、刊号的，依照刑法第三百六十三条第一款的规定，以出版淫秽物品牟利罪定罪处罚。

### 法条精解

制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪是以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。本罪必须以牟利为目的。本罪的行为方式包括利用互联网、移动通讯终端、声讯台、聊天室、论坛、及时通信软件、电子邮件等方式复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息的行为。

明知他人实施制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息犯罪，为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、费用结算等帮助的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的共同犯罪论处。

为他人提供书号，出版淫秽书刊罪是指为他人提供书号，出版淫秽书刊的行为。该罪具有如下特征：

1. 本罪是特殊主体，一般是新闻出版部门的管理人员或单位。
2. 本罪在主观方面是过失。如果行为人明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号的，依《刑法》第363条第1款出版淫秽物品牟利罪定罪处罚。
3. 根据《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条的规定，为他人提供刊号，出版淫秽书刊的，或者为他人提供出版号，出版淫秽音像制品的，应以《刑法》第363条第2款规定的为他人提供书号出版淫秽书刊罪论处。因此，“书号”包括“刊号”和“出版号”。



## 真题示例

(2002-2-2) 孙某制作、复制大量的淫秽光盘，除出卖外，还多次将淫秽光盘借给许多人观看。对其行为应如何处理？

- A. 以制作、复制、贩卖、传播淫秽物品牟利罪处罚
- B. 以组织播放淫秽音像制品罪从重处罚
- C. 以制作、复制、贩卖淫秽物品牟利罪和传播淫秽物品罪数罪并罚
- D. 以传播淫秽物品罪从重处罚

答案：C。

解析：制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪必须以牟利目的，孙某有“出卖”的行为，这表明孙某“制作、复制大量的淫秽光盘”是为了牟利，孙某的行为符合制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的“以牟利为目的”这一要件，因此孙某构成制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪。传播淫秽物品罪和组织播放淫秽音像制品罪不需要“以牟利为目的”，孙某“多次将淫秽光盘借给许多人观看”，属于“情节严重”，但由于孙某只有出借淫秽光盘的行为，而没有组织播放淫秽光盘的行为，因此孙某这一行为只构成传播淫秽物品罪。一人犯数罪，应当数罪并罚，故应选择C项。

## 重点法条

第三百六十四条 传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品，情节严重的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制。

组织播放淫秽的电影、录像等音像制品的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

制作、复制淫秽的电影、录像等音像制品组织播放的，依照第二款的规定从重处罚。

向不满18周岁的未成年人传播淫秽物品的，从重处罚。

### 【关联法条】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第三条 不以牟利为目的，利用互联网或者移动通讯终端传播淫秽电子信息，具有下列情形之一的，依照刑法第三百六十四条第一款的规定，以传播淫秽物品罪定罪处罚；

- (一) 数量达到第一条第一款第(一)项至第(五)项规定标准二倍以上的；
- (二) 数量分别达到第一条第一款第(一)项至第(五)项两项以上标准的；
- (三) 造成严重后果的。

利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式，实施第一款规定行为的，依照刑法第三百六十四条第一款的规定，以传播淫秽物品罪定罪处罚。

### 《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十条 向他人传播淫秽的书刊、影片、音像、图片等出版物达三百至六百人次以上或者造成恶劣社会影响的，属于“情节严重”，依照刑法第三百六十四条第一款的规定，以传播淫秽物品罪定罪处罚。

组织播放淫秽的电影、录像等音像制品达十五至三十场次以上或者造成恶劣社会影响的，依照刑法第三百六十四条第二款的规定，以组织播放淫秽音像制品罪定罪处罚。

## 法条精解

传播淫秽物品罪是指传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品，情节严重的行为。本罪不以牟利为目的，其行为方式也包括利用互联网、移动通讯终端、声讯台、聊天室、论坛、及时通信软件、电子邮件等方式复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息的行为。

## 真题示例

(2002-2-18) 关于利用计算机网络的犯罪，下列哪一选项是正确的？

- A. 通过互联网将国家秘密非法发送给境外的机构、组织、个人的，成立故意泄露国家秘密罪
- B. 以营利为目的，在计算机网络上建立赌博网站，或者为赌博网站担任代理，接受投注的，属于《刑



法》第303条规定的“开设赌场”

C. 以牟利为目的，利用互联网传播淫秽电子信息的，成立传播淫秽物品罪

D. 组织多人故意在互联网上编造、传播爆炸、生化、放射威胁等虚假恐怖信息，严重扰乱社会秩序的，成立聚众扰乱社会秩序罪

答案：B。

解析：“两高”发布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定，以营利为目的，在计算机网络上建立赌博网站，或者为赌博网站担任代理，接受投注的，属于《刑法》第303条规定的“开设赌场”。所以B是本题的正确选项。选项A的行为构成为境外机构非法提供国家秘密罪。《刑法》第363条规定：以牟利为目的，传播淫秽物品的，构成传播淫秽物品牟利罪。C选项的行为“以牟利为目的”，应当构成传播淫秽物品牟利罪，而非传播淫秽物品罪。D项中的行为应构成编造、故意传播虚假恐怖信息罪，而非聚众扰乱社会秩序罪。

## 重点法条

第三百八十二条 国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。

与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百八十三条 对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

（一）个人贪污数额在10万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。

（二）个人贪污数额在5万元以上不满10万元的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

（三）个人贪污数额在5000元以上不满5万元的，处1年以上7年以下有期徒刑；情节严重的，处7年以上10年以下有期徒刑。个人贪污数额在5000元以上不满1万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

（四）个人贪污数额不满5000元，情节较重的，处2年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

#### 《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》

第一条 行为人与国家工作人员勾结，利用国家工作人员的职务便利，共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物，以贪污罪共犯论处。

第二条 行为人与公司企业或者其他单位的人勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有，数额较大的，以职务侵占罪共犯论处。

第三条 公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十四条 贪污、侵占用于预防、控制突发传染病疫情等灾害的款物或者挪用归个人使用，构成犯罪的，分别依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条、第二百七十一条、第三百八十四条、第二百七十二条的规定，以贪污罪、侵占罪、挪用公款罪、挪用资金罪定罪，依法从重处罚。

挪用用于预防、控制突发传染病疫情等灾害的救灾、优抚、救济等款物，构成犯罪的，对直接责任人员，依照刑法第二百七十三条的规定，以挪用特定款物罪定罪处罚。

## 法条精解

贪污罪指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财产的





行为。

### 1. 主体

本罪的主体是国家工作人员和受委托管理国有财产的人员（受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员），后者是指因承包、租赁、临时聘用等管理、经营国有财产。受委托管理国有财产的人员不属于国家工作人员，只能成立贪污罪的主体，不能成为受贿、挪用公款等犯罪的主体。

### 2. 客观方面

（1）利用职权便利——利用职务权力与地位所形成的主管、管理、经营、经手公共财物的便利条件。行为人利用自己熟悉单位情况、获得某些消息的便利等的，不属于利用职务上的便利。

（2）行为方式有侵吞、窃取、骗取或其他方法——侵吞即利用职务便利将暂时由自己控制的财物据为自己或第三人所有，刑法第394条规定：国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，以贪污罪论；窃取也即“监守自盗”，如国有银行的柜台营业员盗窃自己所经手的存款；骗取即采用诈骗方法非法占有公共财产，比如拿发票报假账；其他手段即上述三种方法以外的利用职权之便，非法占有公共财产的行为，比如挪用公款后携款潜逃。

### 3. 客体

贪污罪的客体是职务廉洁以及公共财产的所有权。贪污的对象是公共财产，它包括：①国有财产；②劳动群众集体所有的财产；③用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。

### 4. 主观方面

本罪是故意犯罪，而且必须具有非法占有公共财产的目的。如果由于工作失误而造成账目收支不平，不能以此罪论处。另外非法占有的目的也是本罪与挪用公款罪的区别所在。

### 5. 贪污罪的认定

（1）罪与非罪：个人贪污数额在5000元以上即构成此罪，不满5000元，情节较重的也可构成犯罪。对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。但是，贪污公款所生利息不应作为数额计算，但可作为被告人的非法所得进行追缴。

（2）贪污罪既遂与未遂的认定：贪污罪是一种以非法占有为目的的财产性职务犯罪，应当以行为人是否实际控制财物作为区分既遂与未遂的标准。对于行为人利用职务上的便利，实施了虚假平账等贪污行为，但公共财物尚未实际转移，或者尚未被行为人控制就被查获的，应当认定为贪污未遂。行为人控制公共财物后，是否将财物据为己有，不影响贪污既遂的认定。

（3）贪污罪与职务侵占罪的区别：两罪区别的关键是主体不同，前罪的主体是国家工作人员和受委托管理国有财产的人员，而后罪的主体是前罪主体以外的公司、企业或者其他单位人员。比如，根据《刑法》第183条的规定，保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，以职务侵占罪定罪处罚。但国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员，利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，以贪污罪论处。

（4）贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的区别：这里最复杂的是国家工作人员从事盗窃或诈骗的认定问题，这主要看行为人是利用了职权之便还是单纯利用工作方便，如果国家工作人员没有利用职权便利，而仅仅是利用在单位工作、熟悉环境、了解情况、进出方便等与职务没有直接关系的便利条件，而窃取财物的，只能以盗窃罪定罪。

### 6. 共同犯罪

（1）行为人与国家工作人员或受委托管理国有财产的人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。

（2）对于在公司、企业或者其他单位中，非国家工作人员与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占有的，应当尽量区分主从犯，按照主犯的犯罪性质定罪。司法实践中，如果根据案件的实际情况，各共同犯罪人在共同犯罪中的地位、作用相当，难以区分主从犯的，可以贪污罪定罪处罚。

（3）共同贪污犯罪中“个人贪污数额”的认定。“个人贪污数额”，在共同贪污犯罪案件中应理解为个人所参与或者组织、指挥共同贪污的数额，不能只按个人实际分得的赃款数额来认定。对共同贪污犯罪中的从犯，应当按照其所参与的共同贪污的数额确定量刑幅度，并依照《刑法》第27条第2款的规定，从



### 真题示例

(2008-2-18) 某国有公司出纳甲意图非法占有本人保管的公共财物，但不使用自己手中的钥匙和所知道的密码，而是使用铁棍将自己保管的保险柜打开并取走现金3万元。之后，甲伪造作案现场，声称失窃。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲虽然是国家工作人员，但没有利用职务上的便利，故应认定为盗窃罪
- B. 甲虽然没有利用职务上的便利，但也不属于将他人占有的财物转移为自己占有，故应认定为侵占罪
- C. 甲将自己基于职务保管的财物据为己有，应成立贪污罪
- D. 甲实际上是通过欺骗手段获得财物的，应认定为诈骗罪

答案：C。

解析：贪污罪，是指国家工作人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。本案中，甲是国有公司的出纳，满足贪污罪主体要件的要求，甲利用职务之便秘密窃取单位的现金3万元的行为成立贪污罪。因此，本题的正确答案是C项。

### 重点法条

第三百八十四条 国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的，是挪用公款罪，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

#### 【关联法条】

#### 《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》

全国人民代表大会常务委员会讨论了刑法第三百八十四条第一款规定的国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款“归个人使用”的含义问题，解释如下：

有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：

- (一) 将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；
- (二) 以个人名义将公款供其他单位使用的；
- (三) 个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。

#### 《最高人民法院关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》

第一条 国家工作人员利用职务上的便利，以个人名义将公款借给其他自然人或者不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的，属于挪用公款归个人使用。

第二条 国家工作人员利用职务上的便利，为谋取个人利益，以个人名义将公款借给其他单位使用的，属于挪用公款归个人使用。

第三条 本解释施行后，我院此前发布的司法解释的有关内容与本解释不一致的，不再适用。

#### 《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 刑法第三百八十四条规定的“挪用公款归个人使用”，包括挪用者本人使用或者给他人使用。

挪用公款给私有公司、私有企业使用的，属于挪用公款归个人使用。

第二条 对挪用公款罪，应区分三种不同情况予以认定：

- (一) 挪用公款归个人使用，数额较大、超过三个月未还的，构成挪用公款罪。
- (二) 挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的，构成挪用公款罪，不受挪用时间和是否归还的限制。在案发前部分或者全部归还本息的，可以从轻处罚；情节轻微的，可以免除处罚。
- (三) 挪用公款归个人使用，进行赌博、走私等非法活动的，构成挪用公款罪，不受“数额较大”和挪用时间的限制。

挪用公款给他人使用，不知道使用人用公款进行营利活动或者用于非法活动，数额较大、超过三个月未还的，构成挪用公款罪；明知使用人用于营利活动或者非法活动的，应当认定为挪用公款进行营利活动或者非法活动。



挪用公款罪是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动，或者挪用公款数额较大、进行营利活动，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的行为。

### 1. 主体

本罪的主体是国家工作人员，不包括受委托管理国有财产的人员。本罪是自然人犯罪，不包括单位犯罪。因此经单位领导集体研究决定将公款给个人使用，或者单位负责人为了单位的利益，决定将公款给个人使用的，不以挪用公款罪定罪处罚。上述行为致使单位遭受重大损失，构成其他犯罪的，依照刑法的有关规定对责任人员定罪处罚（如果是国家机关工作人员，可以根据情况以玩忽职守罪或滥用职权罪论处，如果是国有公司、企业、事业单位工作人员，可以国有公司、企业、事业单位人员失职罪或国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪论处）。

### 2. 客观方面

利用职务上的便利，挪用公款归个人使用的行为。根据立法解释归个人使用是指：①将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；②以个人名义将公款供其他单位使用的，此处不再区分所有制性质，无论是供国有单位还是供非国有单位，都可成立挪用公款罪；③个人决定以单位名义将公款供其他单位使用谋取个人利益的。

在司法实践中，对于将公款供其他单位使用的，认定是否属于“以个人名义”，不能只看形式，要从实质上把握。对于行为人逃避财务监管，或者与使用人约定以个人名义进行，或者借款、还款都以个人名义进行，将公款给其他单位使用的，应认定为“以个人名义”。“个人决定”既包括行为人在职权范围内决定，也包括超越职权范围决定。“谋取个人利益”，既包括行为人与使用人事先约定谋取个人利益实际尚未获取的情况，也包括虽未事先约定但实际已获取了个人利益的情况。其中的“个人利益”，既包括不正当利益，也包括正当利益；既包括财产性利益，也包括非财产性利益，但这种非财产性利益应当是具体的实际利益，如升学、就业等。

本罪的行为方式有三种不同情况：①超期未还型。这有三个要素：挪用公款归个人使用、数额较大、超过3个月未还。数额较大的起点是1~3万元。当然，挪用公款所生的利息不能计算在数额之内，但可作为非法所得予以追缴。②营利活动型。这有两个要素：数额较大、进行营利活动。进行营利活动是指法律法规允许的牟利活动，如开公司，炒股等。③非法活动型。只要挪用公款进行非法活动就可构成本罪。从《刑法》的谦抑性出发，虽然法律并未有数额限制，但在司法实践中，以5000~10000元为追究刑事责任的起点。

### 3. 认定

（1）国有单位领导向其主管的具有法人资格的下级单位借公款归个人使用的认定。国有单位领导利用职务上的便利指令具有法人资格的下级单位将公款供个人使用的，属于挪用公款行为，构成犯罪的，应以挪用公款罪定罪处罚。

（2）挪用有价证券、金融凭证用于质押行为性质的认定。挪用金融凭证、有价证券用于质押，使公款处于风险之中，与挪用公款为他人提供担保没有实质的区别，符合刑法关于挪用公款罪规定的，以挪用公款罪定罪处罚，挪用公款数额以实际或者可能承担的风险数额认定。

（3）挪用公款归还个人欠款行为性质的认定。挪用公款归还个人欠款的，应当根据产生欠款的原因，分别认定属于挪用公款的何种情形。归还个人进行非法活动或者进行营利活动产生的欠款，应当认定为挪用公款进行非法活动或者进行营利活动。

（4）挪用公款用于注册公司、企业行为性质的认定。申报注册资本是为进行生产经营活动作准备，属于成立公司、企业进行营利活动的组成部分。因此，挪用公款归个人用于公司、企业注册资本验资证明的，应当认定为挪用公款进行营利活动。

（5）挪用公款后尚未投入实际使用的行为性质的认定。挪用公款后尚未投入实际使用的，只要同时具备“数额较大”和“超过三个月未还”的构成要件，应当认定为挪用公款罪，但可以酌情从轻处罚。

（6）挪用公款转化为贪污的认定。挪用公款罪与贪污罪的主要区别在于行为人主观上是否具有非法占有公款的目的。挪用公款是否转化为贪污，应当按照主客观相一致的原则，具体判断和认定行为人主观上是否具有非法占有公款的目的。在司法实践中，具有以下情形之一的，可以认定行为人具有非法占有公款的目的：①行为人“携带挪用的公款潜逃的”，对其携带挪用的公款部分，以贪污罪定罪处罚。②行为人挪



用公款后采取虚假发票平账、销毁有关账目等手段，使所挪用的公款已难以在单位财务账目上反映出来，且没有归还行为的，应当以贪污罪定罪处罚。③行为人截取单位收入不入账，非法占有，使所占有的公款难以在单位财务账目上反映出来，且没有归还行为的，应当以贪污罪定罪处罚。④有证据证明行为人有能力归还所挪用的公款而拒不归还，并隐瞒挪用的公款去向的，应当以贪污罪定罪处罚。

(7) 与挪用特定款物罪的界限。挪用公款是挪作私用，而挪用特定款物是挪作公用，后者是结果犯。挪用特定款物罪既包括款，又包括物，挪用公款只包括公款，不包括公物，但是这有一个例外，根据刑法的规定，挪用特定款物（用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物）归个人使用的，应以挪用公款罪从重处罚。

(8) 国家工作人员利用职务便利，挪用国库券、失业保险基金和下岗职工基本生活保障金归个人使用的，都应以挪用公款罪追究刑事责任。

(9) 根据《刑法》第185条的规定，国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他金融机构工作人员和国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员挪用本单位或者客户资金的，以挪用公款罪论处。

#### 4. 罪数、共同犯罪及其他

(1) 挪用公款进行非法活动构成其他犯罪，依照数罪并罚的规定处罚。

(2) 挪用公款而索取、收受他人贿赂构成犯罪的，数罪并罚。

(3) 挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪的共犯定罪处罚。

(4) 追诉时效：挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，犯罪的追诉期限从挪用行为实施完毕之日起计算；挪用公款数额较大、超过三个月未还的，犯罪的追诉期限从挪用公款罪成立之日起计算。挪用公款行为有连续状态的，犯罪的追诉期限应当从最后一次挪用行为实施完毕之日或者犯罪成立之日起计算。

### 真题示例

(2006-2-64) 下列哪些选项属于“挪用公款归个人使用”？

- A. 以个人名义将公款借给某国有企业使用
- B. 以个人名义将公款借给某私营企业使用
- C. 个人决定以单位名义将公款借给其他单位使用，谋取个人利益的
- D. 以单位名义将公款借给其他自然人使用，未谋取个人利益的

答案：ABCD。

解析：根据《刑法》第384条的规定，挪用公款罪在主观方面是直接故意，即行为人明知是公款而故意挪用，目的在于非法取得对公款的使用权，并不以是否谋取个人利益为认定要件。故D项正确。又根据《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》规定，有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：①将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；②以个人名义将公款供其他单位使用的；③个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。据此可知ABC三项也应选。故本题ABCD均为正确答案。

### 重点法条

第三百八十五条 国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。

国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百八十六条 对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。

第三百八十七条 国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为



他人谋取利益，情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

前款所列单位，在经济往来中，在账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的，以受贿论，依照前款的规定处罚。

第三百八十八条 国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第七条 通过赌博或者为国家工作人员赌博提供资金的形式实施行贿、受贿行为，构成犯罪的，依照刑法关于贿赂犯罪的规定定罪处罚。

### 法条精解

受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

1. 客体：本罪的客体是职务行为的廉洁性。在收受贿赂的情况下，这种廉洁性可以表现为职务行为的不可收买性，因此只要存在职务行为与财物的对价关系，均可认定受贿罪的成立。本罪的行为对象是他人财物，这里的财物包括有形的可用金钱计量的财物，也包括无形的可用金钱计量的物质性利益。

2. 客观方面：本罪在客观方面表现为利用职务便利索贿，或非法收受他人财物为他人谋取利益的行为。

“利用职务上的便利”，既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。担任单位领导职务的国家工作人员通过不属自己主管的下级部门的国家工作人员的职务为他人谋取利益的，应当认定为“利用职务上的便利”为他人谋取利益。

索取或收受贿赂，并不限于行为人直接据为己有，还包括使请托人向第三人提供贿赂的情形。如国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，要求或者接受请托人以给特定关系人安排工作为名，使特定关系人不实际工作却获取所谓薪酬的，以受贿论处。又如国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，授意请托人将有关财物给予特定关系人的，以受贿论处。

受贿罪的行为方式大致有如下表现：

(1) 索贿：这是以职务便利，以明示或暗示的方式主动向他人索取财物的行为。索贿无需为他人谋取利益，就可构成受贿罪。

(2) 收受贿赂：这是在行贿人主动行贿的情况下，非法收受他人财物。成立此种受贿，必须要“为他人谋取利益”，这种利益可以是正当利益，也可以是不正当利益。为他人谋取利益包括承诺（明示承诺和默示承诺）、实施和实现三个阶段的行为。只要具有其中一个阶段的行为，如国家工作人员收受他人财物时，根据他人提出的具体请托事项，承诺为他人谋取利益的，就具备了为他人谋取利益的要件。明知他人有具体请托事项而收受其财物的，视为承诺为他人谋取利益。因为这些行为都让行贿者感觉职务行为是可以收买的，侵犯了职务行为的廉洁性。

(3) 单纯受贿：《刑法》第385条第2款规定：国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。这种受贿，无需为人谋利，但仅限于经济往来中。

(4) 斡旋受贿：国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物的，以受贿论处。构成斡旋受贿必须符合两个条件：①利用本人职权或者地位形成的便利条件。这是指行为人与被其利用的国家工作人员之间在职务上虽然没有隶属、制约关系，但是行为人利用了本人职权或者地位产生的影响和一定的工作联系，如单位内不同部门的国家工作人员之间、上下级单位没有职务上隶属、制约关系的国家工作人员之间、有工作联系的不同单位的国家工作人员之间等。如果所利用的是同学、亲友关系，则不属于斡旋受贿。②无论是索贿还是收受财物，都必须谋取不正当利益。

(5) 事后受贿：这里的事后受贿指的是国家工作人员在离退休之前与请托人约定，在离退休后收受财物。由于这也存在一种公职行为的被收买，侵害了职务行为的廉洁性，构成受贿。如果国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，离职前后连续收受请托人财物的，离职前后收受部分均应计入受贿数额。

#### 3. 认定

(1) 罪与非罪。这要区分受贿与馈赠的界限。这关键看是否有无请托内容，如果没有请托内容，只是为了联络感情、表示友好给予国家工作人员财物，在现行的法律规定下，很难认定为受贿罪。如果出现了





请托内容，体现了钱权交易，则可认为构成受贿罪。

(2) 受贿罪的既遂未遂标准。以收取财物为标准，无论财物是否处分，也无论是否为他人谋利，只要行为人或为人所指示的第三人收取财物就成立犯罪既遂。

(3) 受贿罪与诈骗罪的区别。国家工作人员的家属或其他人，以通过国家工作人员的职务行为为他人谋取利益，诈骗财物，以诈骗罪论处。如果国家工作人员发生他人有求于自己的职务行为，声称为他人谋利并要求对方提供财物，无论是否为他人谋利，均可以索贿论。在他人有求于国家工作人员的职务行为时，国家工作人员虚假承诺，收受财物，也应以受贿罪论处，因为这让他人误认为公职行为是可以收买的，侵害了公职行为的廉洁性。

(4) 受贿罪与敲诈勒索罪的区别。国家工作人员利用职务上的便利，趁他人有求于己时，用要挟等手段勒索财物，是索贿行为，定受贿罪，如果国家工作人员以威胁的方法勒索财物，没有利用职务上的便利的，应定敲诈勒索罪。

(5) 以借款为名索取或者非法收受财物行为的认定。国家工作人员利用职务上的便利，以借为名向他人索取财物，或者非法收受财物为他人谋取利益的，应当认定为受贿。具体认定时，不能仅仅看是否有书面借款手续，应当根据以下因素综合判定：①有无正当、合理的借款事由；②款项的去向；③双方平时关系如何、有无经济往来；④出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；⑤借款后是否有归还的意思表示及行为；⑥是否有归还的能力；⑦未归还的原因；等等。

(6) 涉及股票、干股等受贿案件的认定。在办理涉及股票的受贿案件时，应当注意：①国家工作人员利用职务上的便利，索取或非法收受股票，没有支付股本金，为他人谋取利益，构成受贿罪的，其受贿数额按照收受股票时的实际价格计算。②行为人支付股本金而购买较有可能升值的股票，由于不是无偿收受请托人财物，不以受贿罪论处。③股票已上市且已升值，行为人仅支付股本金，其“购买”股票时的实际价格与股本金的差价部分应认定为受贿。

干股是指未出资而获得的股份。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让时的股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义，未实际出资而获取“收益”，或者虽然实际出资，但获取“收益”明显高于出资应得收益的，以受贿论处。受贿数额，前一情形，以“收益”额计算；后一情形，以“收益”额与出资应得收益额的差额计算。

(7) 关于以交易形式收受贿赂问题。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以下列交易形式收受请托人财物的，以受贿论处：①以明显低于市场的价格向请托人购买房屋、汽车等物品的；②以明显高于市场的价格向请托人出售房屋、汽车等物品的；③以其他交易形式非法收受请托人财物的。受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。

(8) 关于以开办公司等合作投资名义收受贿赂问题。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，由请托人出资，“合作”开办公司或者进行其他“合作”投资的，以受贿论处。受贿数额为请托人给国家工作人员的出资额。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以合作开办公司或者其他合作投资的名义获取“利润”，没有实际出资和参与管理、经营的，以受贿论处。

(9) 关于以赌博形式收受贿赂的认定问题。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，通过赌博方式收受请托人财物的，构成受贿。

(10) 关于收受贿赂物品未办理权属变更问题。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人房屋、汽车等物品，未变更权属登记或者借用他人名义办理权属变更登记的，不影响受贿的认定。认定以房屋、汽车等物品为对象的受贿，应注意与借用的区分。具体认定时，除双方交代或者书面协议之外，主要应当结合以下因素进行判断：①有无借用的合理由；②是否实际使用；③借用时间的长短；④有无归还的条件；⑤有无归还的意思表示及行为。

(11) 关于收受财物后退还或者上交问题。国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。国家工作人员受贿后，因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响认定受贿罪。



#### 4. 罪数与共同犯罪

(1) 因为受贿而构成其他犯罪,如挪用公款、渎职,一般都应数罪并罚,除非法律有特别规定。如行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务以后,又利用职务上的便利实施侵占本单位财物、收受贿赂、挪用本单位资金等行为,构成犯罪的,就应当分别以伪造国家机关公文、证件罪和相应的贪污罪、受贿罪、挪用公款罪等追究刑事责任,实行数罪并罚。

这里的例外就是《刑法》第399条的规定:司法工作人员犯徇私枉法罪,民事行政枉法裁判罪,执行判决、裁定失职罪又受贿的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

(2) 根据刑法关于共同犯罪的规定,非国家工作人员与国家工作人员勾结,伙同受贿的,应当以受贿罪的共犯追究刑事责任。非国家工作人员是否构成受贿罪共犯,取决于双方有无共同受贿的故意和行为。国家工作人员的近亲属向国家工作人员代为转达请托事项,收受请托人财物并告知该国家工作人员,或者国家工作人员明知其近亲属收受了他人财物,仍按照近亲属的要求利用职权为他人谋取利益的,对该国家工作人员应认定为受贿罪,其近亲属以受贿罪共犯论处。近亲属以外的其他人与国家工作人员通谋,由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,收受请托人财物后双方共同占有的,构成受贿罪共犯。国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益,并指定他人将财物送给其他人,构成犯罪的,应以受贿罪定罪处罚。

#### 真题示例

(2009-2-64) 根据《刑法》有关规定,下列哪些说法是正确的?

- A. 甲系某国企总经理之妻,甲让其夫借故辞退企业财务主管,而以好友陈某取而代之,陈某赠甲一辆价值12万元的轿车。甲构成犯罪
- B. 乙系已离职的国家工作人员,请接任处长为缺少资质条件的李某办理了公司登记,收取李某10万元。乙构成犯罪
- C. 丙系某国家机关官员之子,利用其父管理之便,请其父下属将不合条件的某企业列入政府采购范围,收受该企业5万元。丙构成犯罪
- D. 丁系国家工作人员,在主管土地拍卖工作时向一家房地产公司通报了重要情况,使其如愿获得黄金地块。丁退休后,该公司为表示感谢,自作主张送与丁价值5万元的按摩床。丁构成犯罪

答案:ABC。

解析:本题考核国家工作人员的近亲属或者关系密切的人受贿罪的认定。参见《刑法》第388条之一。

#### 重点法条

第三百八十九条 为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的,是行贿罪。

在经济往来中,违反国家规定,给予国家工作人员以财物,数额较大的,或者违反国家规定,给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的,以行贿论处。

因被勒索给予国家工作人员以财物,没有获得不正当利益的,不是行贿。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百九十条 对犯行贿罪的,处5年以下有期徒刑或者拘役;因行贿谋取不正当利益,情节严重的,或者使国家利益遭受重大损失的,处5年以上10年以下有期徒刑;情节特别严重的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。

#### 法条精解

行贿罪是指为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的行为。

1. 本罪的主体是自然人。
2. 行贿对象是国家工作人员,如果是非国有的公司、企业、其他单位人员,则构成商业行贿罪。
3. 本罪必须谋取不正当利益。

“谋取不正当利益”是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益,以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。



4. 在经济往来中,违反国家规定,给予国家工作人员或者其他从事公务的人员以回扣、手续费的,以行贿罪论处。

5. 因被勒索给予国家工作人员以财物,没有获得不正当利益的,不是行贿。

6. 行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。

7. 因行贿而进行违法活动构成其他犯罪的,例如因行贿而进行走私等违法犯罪活动,应分别定罪,实行数罪并罚。

### 真题示例

(2009-2-60) 甲向乙行贿五万元,乙收下后顺手藏于自家沙发垫下,匆忙外出办事。当晚,丙潜入乙家盗走该五万元。事后查明,该现金全部为假币。下列哪些选项是正确的?

A. 甲用假币行贿,其行为成立行贿罪未遂,是实行终了的未遂

B. 丙的行为没有侵犯任何人的合法财产,不构成盗窃罪

C. 乙虽然收受假币,但其行为仍构成受贿罪

D. 丙的行为侵犯了乙的占有权,构成盗窃罪

答案: CD。

解析: 本题考核行贿罪、受贿罪和盗窃罪。用假币行贿的,对行贿人不能以行贿罪论,因为假币不具有使用价值,而行贿人完全是在利用欺骗手段来谋取不正当利益,应对行贿人以使用假币罪论处。A项错误。受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的行为。这里的财物为假币,并不影响受贿罪的成立, C项正确。除刑法有特别规定外,违禁品可以成为盗窃罪的对象。而刑法并没有规定盗窃假币罪这一罪名,故盗窃假币的,可以构成盗窃罪。B项说法错误, D项正确。

### 重点法条

第三百九十一条 为谋取不正当利益,给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的,或者在经济往来中,违反国家规定,给予各种名义的回扣、手续费的,处3年以下有期徒刑或者拘役。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百九十三条 单位为谋取不正当利益而行贿,或者违反国家规定,给予国家工作人员以回扣、手续费,情节严重的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处5年以下有期徒刑或者拘役。因行贿取得的违法所得归个人所有的,依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。

第三百九十二条 向国家工作人员介绍贿赂,情节严重的,处3年以下有期徒刑或者拘役。

介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。

### 法条精解

根据主体和对象的不同,贿赂犯罪还有单位受贿罪、对单位行贿罪、单位行贿罪、介绍贿赂罪

1. 单位受贿罪是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,索取、非法收受他人财物,为他人谋取利益,情节严重的行为。上述主体在经济往来中,在账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的,以单位受贿罪论。本罪主体只限于国家机关、国有公司、企业、事业单位与人民团体。《刑法》第383条第3项针对贪污罪规定的“积极退赃”行为,但对受贿罪中的财物应分为两种情况:一是通常只能没收,不能退回给行贿人;二是在对方因勒索而交付财物又没有谋取不正当利益时,由于对方实际上是被害人,故应将财物退回被害人。问题是在应当没收的情况下行为人秘密退回给对方的,能否减轻或者免除处罚?本书持否定回答。因为这种行为往往只是担心罪行败露而采取的措施,不能表明行为人有悔改表现。

客观方面表现为索取、非法收受他人财物,为他人谋取利益。与受贿罪不同,本罪对索取贿赂也要求为他人谋取利益。根据《刑法》规定,上述单位在经济往来中,在账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的,以受贿论处,本罪主观方面只能出于故意,并且是为了单位的利益,如果收受财物归国家工作人员个



人所有，则成立前述受贿罪。成立本罪还要求情节严重。根据《刑法》第387条的规定，犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

2. 对单位行贿罪是自然人或单位为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的行为。

3. 单位行贿罪是指单位（国有和非国有单位）为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的行为。

4. 介绍贿赂罪是指向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的行为。这里需要注意的是，由于介绍贿赂的刑罚很低，因此如果介绍人只能在单纯穿针引线时才构成犯罪，如果非国家工作人员对国家工作人员获得财物起到实质的帮助作用，比如帮助收受财物或转交财物，无论介绍人是否收受财物，都应以受贿罪的共犯论处。

介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

## 真题示例

（四川2008-2-9）律师赵某接受律师事务所指派，为某公司股票上市提供法律意见。赵某在接受该公司的10万元财物之后，提供了虚假的法律意见书，导致不具备上市条件的该公司取得上市资格，严重损害了股东利益。赵某的行为构成何罪？

A. 受贿罪

B. 《刑法》第一百六十三条规定的公司、企业、其他单位人员受贿罪

C. 提供虚假证明文件罪

D. 《刑法》第一百六十三条规定的公司、企业、其他单位人员受贿罪和提供虚假证明文件罪，应当数罪并罚

答案：C。

解析：受贿罪的主体是特殊主体即国家工作人员，显然赵某不是国家工作人员，不构成受贿罪。因此，A项说法错误。本题中，赵某是为公司谋取利益。不构成该条规定的公司、企业、其他单位受贿罪。因此，B项说法错误。中介组织人员提供虚假证明文件罪，是指承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织及其人员故意提供虚假证明文件、情节严重的行为。赵某作为律师，故意为该公司提供虚假法律意见书。构成提供虚假证明文件罪。因此，C项说法正确。本题的正确答案为C。《刑法》第229条规定，中介组织的人员索取他人财物或者非法收受他人财物，并为其提供虚假证明文件的成立结果加重犯，直接定提供虚假证明文件罪。因此，D项说法错误。

## 重点法条

第三百九十五条 国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处5年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。

国家工作人员在境外的存款，应当依照国家规定申报。数额较大、隐瞒不报的，处2年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

### 【关联法条】

#### 《刑法》

第三百九十四条 国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

## 法条精解

巨额财产来源不明罪是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的（30万元以上），可以责令说明来源，本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论。本罪采取举证责任倒置，国家工作人员负有说明来源合法的义务，但是公诉机关也有一定的证明责任，那就是必须证明行为人的财产或支出明显超出合法收入。

《刑法》第395条第1款规定的“不能说明”，包括以下情况：行为人拒不说明财产来源；行为人无法说明财产的具体来源；行为人所说的财产来源经司法机关查证并不属实；行为人所说的财产来源因线索不





具体等原因，司法机关无法查实，但能排除存在来源合法的可能性和合理性的。

只有在没有证据证明行为人所拥有的巨额财产是其他犯罪所得时，才以本罪处罚。如果查明财产的来源是贪污、受贿所得，应当以贪污、受贿罪追究刑事责任。如果查明部分财产是贪污受贿所得，部分财产来源不明且数额巨大的，应当实行数罪并罚。

《刑法》第395条第2款、第396条还规定了隐瞒境外存款罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪。后两罪是单位（分别为国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以及司法机关、行政执法机关）犯罪，但实施单罚制。

## 重点法条

**第三百九十七条** 国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。

国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。

### 【关联法条】

#### 《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》

全国人大常委会根据司法实践中遇到的情况，讨论了《刑法》第九章渎职罪主体的适用问题，解释如下：

在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理、妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

**第十五条** 在预防、控制突发传染病疫情等灾害的工作中，负有组织、协调、指挥、灾害调查、控制、医疗救治、信息传递、交通运输、物资保障等职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，依照刑法第三百九十七条的规定，以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。

## 法条精解

1. 滥用职权罪是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

(1) 滥用职权在客观方面表现为不法行使职务上的权限，违背职务行为的宗旨，其主要情况有：超越职权，擅自处理没有处理权限的事务；玩弄职权，随心所欲地对事项作出决定；故意不履行应当履行的职责；以权谋私、假公济私不正确的履行职责。

(2) 滥用职权在主观方面是故意，行为人对自己滥权行为本身是故意的。

(3) 法条竞合——滥用职权罪与本章中的很多犯罪有法条竞合关系，如徇私枉法罪、私放在押人员罪、徇私舞弊不征、少征税款罪，这些犯罪都属于特别法，应以特别法论处。另外，要注意法条竞合的兜底作用。国家机关工作人员滥用职权，符合《刑法》第9章所规定的特殊渎职罪构成要件的，按照该特殊规定追究刑事责任；主体不符合《刑法》第9章所规定的特殊渎职罪的主体要件，但滥用职权涉嫌上述九种情形之一的，按照《刑法》第397条的规定以滥用职权罪追究刑事责任。

2. 玩忽职守罪是指国家机关工作人员玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

(1) 玩忽职守是指行为人严重不负责任，工作中马虎草率，不履行或不正确履行公职。比如110民警不接报警电话，造成报警人被杀死。

(2) 玩忽职守在主观上是过失，对于自己玩忽职守的行为可能导致严重后果，行为人或者是应当预见没有预见，或者是已经预见但轻信能够避免。

(3) 认定：法条竞合——玩忽职守罪与本章中的很多犯罪有法条竞合关系，要按照特别法优于普通法的原则排除玩忽职守罪的适用。如负有环境保护监督管理职责的国家机关工作人员严重不负责任，导致发生重大环境污染事故，造成人身伤亡的严重后果的，就应以特别法第408条规定的环境监管失职罪论处，而不能以玩忽职守罪定罪。当然，如果国家机关工作人员玩忽职守，符合《刑法》第9章所规定的特殊渎



犯罪构成要件的，按照该特殊规定追究刑事责任；主体不符合《刑法》第9章所规定的特殊渎职罪的主体要件，但玩忽职守涉嫌上述九种情形之一的，按照《刑法》第397条的规定以玩忽职守罪追究刑事责任。

### 3. 其他

(1) 如果徇私舞弊犯滥用职权或玩忽职守罪，则应适用更为严重的法定刑。

(2) 滥用职权罪与玩忽职守罪的区别。前罪是故意犯罪，表现为积极利用、违背职责的行为；而后罪是过失犯罪，表现为疏忽、不认真履行职责的行为。

## 真题示例

(2002-2-44) 派出所长陈某在“追逃”专项斗争中，为得到表彰，在网上通缉了7名仅违反治安管理处罚条例并且已受过治安处罚的人员。虽然陈某通知本派出所人员不要“抓获”这7名人员，但仍有5名人员被外地公安机关“抓获”后关押；关于陈某行为的性质，下列哪些说法是错误的？

- A. 陈某的行为构成滥用职权罪
- B. 陈某的行为构成玩忽职守罪
- C. 陈某的行为构成非法拘禁罪
- D. 陈某的行为不构成犯罪

答案：BCD。

解析：滥用职权罪是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。本案中，陈某滥用职权的行为导致5名无罪人员被抓，应当属于给人民利益造成了重大损失，构成了滥用职权罪，即A正确，不应选。滥用职权罪或者玩忽职守罪的主要区别在于行为表现形式和主观要件不同。滥用职权罪主观上是故意，客观上表现为不该为而为；而玩忽职守罪主观上是过失，客观上表现为该为而不为。陈某显然具有故意因而选项B错误。陈某的通缉行为虽然导致了7名人员被“抓获”后关押，但其既没有直接抓捕行为，也没有主动让外地公安机关抓捕这7名人员的行为，因而不构成非法拘禁罪，故选项C错误。故本题的正确答案为BCD。

## 重点法条

第三百九十九条 司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑。

在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑。

在执行判决、裁定活动中，严重不负责任或者滥用职权，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的，处5年以下有期徒刑或者拘役；致使当事人或者其他人的利益遭受特别重大损失的，处5年以上10年以下有期徒刑。

司法工作人员收受贿赂，有前三款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

## 法条精解

《刑法》第399条第1款徇私枉法罪，指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。

1. 司法工作人员是指是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。

2. 本罪主观方面是故意。如果由于认识水平不高，工作能力有限而造成错案的，不能以犯罪论处。如果由于隶属关系，不得不执行上级错误指令，造成错案的，如果不具有共同犯罪的故意和行为，对下级司法工作人员不宜以犯罪论处，但对上级司法工作人员构成犯罪的，应依法追究刑事责任。

3. 与诬告陷害罪的区别：徇私枉法罪是司法机关工作人员所实施的，而诬告陷害罪的主体是一般主体；徇私枉法罪中的使无罪的人受追诉是直接追诉无罪人的情况，而诬告陷害罪是利用司法机关追诉无罪人的情况。徇私枉法一般是利用承办刑事案件的便利条件徇私枉法，而诬告陷害是捏造犯罪事实向有关机关告发。



4. 与包庇罪的区别：如果司法机关工作人员包庇罪犯，这关键要看是否利用了职务便利，徇私枉法罪必须利用职务便利故意包庇，同时徇私枉法发生在侦查、起诉、审判过程中，包庇罪没有时间上的限制。

5. 犯本罪，又构成受贿罪的，从一重罪论处。

《刑法》第399条第2款、第3款规定的罪名分别为民事、行政枉法裁判罪；执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用职权罪。

### 真题示例

(2009-2-65) 关于徇私枉法罪，下列哪些选项是正确的？

A. 甲（警察）与犯罪嫌疑人陈某曾是好友，在对陈某采取监视居住期间，故意对其放任不管，导致陈某逃匿，司法机关无法对其追诉。甲成立徇私枉法罪

B. 乙（法官）为报复被告人赵某对自己的出言不逊，故意在刑事附带民事判决中加大赵某对被害人的赔偿数额，致使赵某多付10万元。乙不成立徇私枉法罪

C. 丙（鉴定人）在收取犯罪嫌疑人盛某的钱财后，将被害人的伤情由重伤改为轻伤，导致盛某轻判。丙不成立徇私枉法罪

D. 丁（法官）为打击被告人程某，将对程某不起诉的理由从“证据不足，指控犯罪不能成立”擅自改为“可以免除刑罚”。丁成立徇私枉法罪

答案：ACD。

解析：本题考核徇私枉法罪。根据《最高人民法院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》的规定，徇私枉法罪发生在刑事审判过程中，该规定第6条第4项规定，在立案后，采取伪造、隐匿、毁灭证据或者其他隐瞒事实、违反法律的手段，应当采取强制措施而不采取强制措施，或者虽然采取强制措施，但中断侦查或者超过法定期限不采取任何措施，实际放任不管，以及违法撤销、变更强制措施，致使犯罪嫌疑人、被告人实际脱离司法机关侦控的；第5项规定，在刑事审判活动中故意违背事实和法律，作出枉法判决、裁定，即有罪判无罪、无罪判有罪，或者重罪轻判、轻罪重判的均应以徇私枉法罪立案追究行为人的刑事责任，B选项不符合上述规定，所以B项错误，AD正确。鉴定人不能成为徇私枉法罪的犯罪主体，故C项正确。

### 重点法条

第四百五十条 本章适用于中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员和中国人民武装警察部队的现役警官、文职干部、士兵及具有军籍的学员以及执行军事任务的预备役人员和其他人员。

#### 【关联法条】

#### 《刑法》

第四百五十一条 本章所称战时，是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。

部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时，以战时论。

### 法条精解

军人违反职责罪只能由军人构成，根据刑法规定，军人是指中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员和中国人民武装警察部队的现役警官、文职干部、士兵及具有军籍的学员以及执行军事任务的预备役人员和其他人员。

需要说明的是，一般的预备役人员不能构成此类罪，必须是执行军事任务的预备役人员才可构成。

有些犯罪必须发生在“战时”，这是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时，以战时论。

此类犯罪应注意法条竞合情况。

1. 擅离、玩忽军事职守罪与玩忽职守罪。

2. 阻碍执行军事职务罪、妨害公务罪和阻碍军人执行职务罪。第一个罪只能由军人阻碍军人依法执行职务，第二个罪是一般人阻碍国家机关工作人员执行职务，而最后一个罪是一般人阻碍军人执行职务。

3. 叛逃罪与军人叛逃罪。前罪主体是国家机关工作人员或掌握国家秘密的国家工作人员，而后罪主体



是军人。

4. 非法获取军事秘密罪与非法获取秘密罪。前罪主体只能由军人构成。而后罪由一般主体构成。

5. 为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪与为境外窃取、刺探、收买、非法提供秘密、情报罪。前罪只能由军人构成，如果军人为境外窃取军事情报，根据法条竞合的兜底作用，应以后罪论处。

6. 故意泄露军事秘密罪、过失泄露军事秘密罪与故意泄露国家秘密罪、过失泄露国家秘密罪。

7. 武器装备肇事罪与重大责任事故罪、交通肇事罪、过失爆炸罪等的区别。武器装备肇事罪是指违反武器使用规定，情节严重，因而发生责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的行为。本罪只能由军人构成，而且必须违背武器装备的使用规定。此处要注意中国人民解放军军事法院《关于审理军人违反职责罪案件中几个具体问题的处理意见》的规定。

(1) 军职人员在执勤、训练、作战时使用、操作武器装备，或者在管理、维修、保养武器装备的过程中，违反武器装备使用规定和操作规程，情节严重，因而发生重大责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的，以武器装备肇事罪论处；凡违反枪支、弹药管理使用规定，私自携带枪支、弹药外出，因玩弄而造成走火或者爆炸，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，以过失重伤罪、过失致人死亡罪或者过失爆炸罪论处。

(2) 军职人员驾驶军用装备车辆，违反武器装备使用规定和操作规程，情节严重，因而发生重大责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的，即使同时违反交通运输规章制度，以武器装备肇事罪论处；如果仅因违反交通运输规章制度而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，则以交通肇事罪论处。

8. 盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪与盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪。前罪是军人实施的犯罪，而后罪主体是一般人，这里必须注意的是，如果军人盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物，按照法律规定，以后罪论处。

9. 非法出卖、转让武器装备罪与非法买卖枪支、弹药、爆炸物罪。前罪主体是军人，如果军人买卖军队的枪支、弹药、爆炸物，应以前罪论处。

10. 遗失武器装备罪与丢失枪支不报罪。前罪主体是军人，如果军人遗失枪支不及时报告或者有其他严重情节，以前罪论。

总之，在本章中除了第8种情况外，在所有的罪名中，只要在考题中出现了军人，就要注意有可能出现竞合情况。

### 真题示例

(2004-2-84) 可能构成战时自伤罪的情况是：

A. 预备役人员张某在战时为逃避征召，自伤身体

B. 战士李某为尽早脱离战场，在敌人火力猛烈向我方阵地射击时，故意将手臂伸于掩体之外，被敌人子弹击中，无法继续作战

C. 战士王某战时奉命守卫仓库，站岗时因困倦睡着，导致仓库失窃，为了掩盖过错，他用匕首自伤身体，谎称遭到抢劫

D. 战士陈某为了立功当英雄，战时自伤身体，谎称在与偷袭的敌人交火时受伤

答案：B。

解析：战时自伤罪，是指在战时自伤身体，逃避军事义务的行为。A选项中的张某只是单纯的预备役人员，不符合战时自伤罪的主体要件，其行为只能构成《刑法》第376条的战时拒绝、逃避征召罪，故不能选择A。C选项中的王某构成玩忽军事职守罪。D项中的陈某不具有逃避作战义务的主观内容。所以，应选B。







# 第六章 刑事诉讼法



刑事诉讼法有狭义与广义之分。狭义的刑事诉讼法仅指刑事诉讼法典，广义的刑事诉讼法指一切有关刑事诉讼的法律规范。

## 1. 司法考试中的刑事诉讼法

作为三大程序法之一，刑事诉讼法在司法考试中的重要地位可以说是不言而喻的。从传统意义上来说，一个国家重要的部门法只有六个，即民法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法和行政诉讼法。在司法考试中，这六部分法律所占的分值约 400 分，这还不包括商法与仲裁。所以说，如果能够掌握好这六大部门法，通过司法考试是轻而易举的。历年司法考试中对《刑事诉讼法》的考查分值分布如下：

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总计
2009 年	18	28	6	21	73
2008 年	18	28	6	20	72
2007 年	18	28	6	20	72
2006 年	18	28	4	4	54
2005 年	18	26	6	25（司法文书）	75
2004 年	18	20	12	12（司法文书）	62

通过上表，我们可以看出以下规律：

（1）分值高。《刑事诉讼法》每年所占分值都在 60 分以上，特别是近三年，都高达 70 分以上，几乎是仅次于民法和刑法，而位居第三。

（2）考查形式稳定。连续六年来，《刑事诉讼法》单选题部分所占分值都是 18 分，即 18 道题，而且基本都是在卷二的第 21～第 38 题的位置。而连续三年来，都是 18 道单选题、14 道多选题、3 道不定选和 1 道案例分析题。

（3）重者恒重，考点重复率高。《刑事诉讼法》中重点的知识点有：管辖；辩护、代理与回避；证据；强制措施；附带民事诉讼；立案、侦查；不起诉；延期审理的情形；自诉；简易程序；二审案件的处理；死刑复核程序；再审程序等。特别是《刑事诉讼法》第 15 条规定的“具有法定情形不予追究刑事责任的情形”，几乎是每年必考。

（4）考查精细度高。《刑事诉讼法》部分的考试内容比较注重实务，注重程序，注重准确性。

## 2. 备考建议

针对以上特点，笔者建议考生在复习过程中要做好以下几点：

（1）重视法条，多做历年真题。在司法考试中，对《刑事诉讼法》的考查大部分都是以现行法律、法规及司法解释为依据。历年真题是最好的复习材料。许多考题都可以从往年试题中找到原型，有些时候几乎就是原题的重现。

（2）整体把握，突出重点。所谓整体把握，是说要建立起一个知识框架，使学习系统化。同时，对于一些重点、常考点，要给予足够的重视，不但要准确掌握其内容，还要了解其在整个刑事诉讼中所处的位置，并熟悉与其相关的制度。

## 3. 本部分特点

为了帮助考生在最短的时间内最大限度地掌握刑事诉讼法的有关知识，提高复习效率，本部分在编写过程中进行了一下创新：

（1）严格按照司法部教材的体系搭建结构。《国家司法考试辅导用书》（俗称“三大本”）是由出题老师编纂的考试辅导用书，具有很高的权威性，所以本书的结构与其保持一致，共二十一章，而不同于《刑事诉讼法》或者其他辅导书的结构，后者没有将“未成年人刑事案件诉讼程序”和“涉外刑事诉讼程序与司法协助制度”单独列出。

(2) 以法条为先导,以制度为基础。在编纂体例上,我们将法条置前,并将与统一制度有关的法条整合在一起,这样,考生既能掌握理论知识,又能对法条进行把握。

(3) 以真题巩固知识点。在“法条精解”之后,本书附以历年真题,特别是2008年与2009年的真题,完全收录其中。考生通过做历年真题,既能体会到考试的难度,又能对自己的复习加以检测,更是对知识点的复习与巩固,可谓一举三得。

## 《刑事诉讼法》

### 重点法条

**第一条** 为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法。

### 法条精解

本条规定的是我国刑事诉讼法的目的。

我国刑事诉讼法的目的有二:

1. 直接目的。刑事诉讼法的直接目的是保证刑法的正确实施、惩罚犯罪、保护人民。

2. 间接目的。刑事诉讼法通过正确实施刑事法律、惩罚犯罪,最终达到保障国家安全和公共安全,维护社会主义社会秩序的根本目的。

此外,本条中还包含了刑事诉讼法的基本理念。惩罚犯罪与保障人权、程序公正与实体公正以及诉讼效率是刑事诉讼法的基本理念,虽然我国刑事诉讼法中并未明确将其表述出来,但这些基本理念贯穿于刑事诉讼法的始终,也贯穿于刑事诉讼的立法实践与司法实践的全过程。

实体公正是结果的公正,又称实质正义。程序公正是过程的公正,又叫程序正义。程序公正的含义主要有三点:

(1) 诉讼参与人对诉讼能充分有效的参与;

(2) 诉讼程序能得到遵守;

(3) 程序违法得到救济。

程序公正和实体公正具有内在的一致性,其终极的目的都是在于追求纠纷的公正解决,程序公正具有保障实体公正实现的作用;程序公正相对于实体公正又具有独立性,因为程序公正具有不同于实体公正的评判标准。当然,实体公正和程序公正有些情况下会出现价值冲突,在处理其冲突时,概括地说,英美法系重程序正义,大陆法系重实体正义。当然,我们不能简单地对二者作价值上的排序,要根据实际情况,保证个案的公正。

### 真题示例

(2005-2-21) 下列关于刑事诉讼中程序公正含义的表述哪一项不正确?

A. 诉讼参与人对诉讼能充分有效地参与

B. 程序违法能得到救济

C. 刑事诉讼程序能得到遵守

D. 刑事诉讼判决结果符合事实真相

答案: D。

解析: 本题考察的是程序公正与实体公正的关系,尤其是对程序公正的理解。ABC都是程序公正的体现,而D则是实体公正的一种体现。程序公正与否,与刑事诉讼判决结果是否符合事实真相没有关系,这就是程序公正的独立价值之一。

### 重点法条

**第二条** 中华人民共和国刑事诉讼法的任务,是保证准确、及时地查明犯罪事实,正确应用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究,教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争,以维护社会主义法制,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,保障社会主义建设事业的顺利进行。



## 法条精解

本条规定的是《刑事诉讼法》的任务。

《刑事诉讼法》的任务主要有三：

1. 首要任务。保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，是《刑事诉讼法》的首要任务。
2. 重要任务。《刑事诉讼法》要教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为做斗争；同时，还要保障社会主义建设事业的顺利进行。
3. 直接任务。通过个案诉讼为被害人挽回损失。
4. 根本任务。维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利。《刑事诉讼法》的终极任务，是保护人的权利。

## 重点法条

第三条 对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。

人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第四条 国家安全机关依照法律规定，办理危害国家安全的刑事案件，行使与公安机关相同的职权。

第七条 人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。

第二百二十五条 军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权。

对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱进行侦查。

军队保卫部门、监狱办理刑事案件，适用本法的有关规定。

## 法条精解

本条规定的是公、检、法机关进行刑事诉讼的职责分工。第3条、第4条规定的是侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使原则，第7条规定的是分工负责、互相配合、互相制约原则。对于《刑事诉讼法》第3条的规定需要注意：

1. 侦查权、检察权、审判权具有专属性，只能由公、检、法三机关分别行使。
2. 侦查权除了公安机关享有以外，检察机关、国家安全机关、军队保卫部门和监狱、走私犯罪侦查部门在法律规定的范围内享有侦查权。
3. 行使侦查权、检察权、审判权等进行刑事诉讼，必须严格遵守《刑事诉讼法》、《刑法》等相关法律法规的规定。

## 真题示例

(2008-2-33) 甲将潜艇的部署情况非法提供给一外国著名军事杂志。在审判过程中，法院决定对其取保候审。关于对甲取保候审的执行机关，下列哪一选项是正确的？

- A. 法院  
B. 公安机关  
C. 军队保卫部门  
D. 国家安全机关

答案：D。

解析：《刑事诉讼法》第4条规定，国家安全机关依照法律规定，办理危害国家安全的刑事案件，行使与公安机关相同的职权。本题中，因为甲将潜艇的部署情况非法提供给一外国著名军事杂志的行为是危害到国家安全的行为，所以应该由国家安全机关执行取保候审，本题正确答案为D。

## 重点法条

第五条 人民法院依照法律规定独立行使审判权，人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行





## 法条精解

1. 本条规定的是人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则。该原则主要有以下含义：

(1) 人民法院行使审判权，人民检察院行使检察权，在法律规定的职责范围内都是独立的，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

(2) 人民法院行使审判权和人民检察院行使检察权，必须严格遵守宪法和法律的各项规定。

(3) 人民法院、人民检察院作为一个组织整体，集体对审判权、检察权的行使负责。

2. 特别需要注意的是：

(1) 人民法院和人民检察院要接受中国共产党的领导和人大的监督，在此前提下依法独立行使审判权、检察权。

(2) 检察院上下级之间是领导和被领导关系，其独立体现为检察系统的独立。

(3) 法院上下级之间是监督与被监督的关系，其独立首先是整个法院系统的独立，其次还表现为单个法院是独立的。而且这种监督表现为事后监督。这种事后监督是指上级法院必须等到下级法院按照法定程序将审判活动进行完毕，产生结果以后，才能够依法进行监督。

(4) 我国的人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则不同于西方国家的司法独立，后者强调的是法官个人独立。

## 重点法条

第九条 各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。

在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。

## 法条精解

本条规定的是各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼原则。这一原则包括以下内容：

1. 各民族公民，无论当事人，还是辩护人、证人、鉴定人，都有使用本民族语言文字进行陈述、辩论和书写有关诉讼文书的权利。

2. 公、检、法机关使用当地通用语言文字的义务。

3. 公检法机关提供翻译的义务。

## 重点法条

第十条 人民法院审判案件，实行两审终审制。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百九十七条 第二审的判决、裁定和最高人民法院的判决、裁定，都是终审的判决、裁定。

## 法条精解

本条规定的是两审终审制度。严格说来，两审终审并不是一项基本原则，而是刑事审判活动的一项基本制度。两审终审，是指一个刑事案件经过两级法院审理就告终结的制度，也就是说一个刑事案件最多经过两级法院的审理，就会有生效判决。需要注意的是：刑事案件不是必须经过两级法院的审理，是否经过两级法院的审理由当事人（是否上诉）和检察院（是否抗诉）决定。两审终审不是指两次审判，而是指经过两级法院审判。

另外，要注意两审终审制的例外：

1. 最高人民法院审理的第一审案件为一审终审，其判决、裁定一经作出，立即发生法律效力，不存在提起二审程序的问题。

2. 判处死刑的案件，必须依法经过死刑复核程序核准后，判处死刑的裁判才能发生法律效力，交付执行。

3. 地方各级人民法院根据《刑法》第63条第2款规定在法定刑以下判处刑罚的案件，必须经最高人民



法院的核准，其判决、裁定才能发生法律效力并交付执行。

## 真题示例

(2009-2-32) 关于两审终审制度，下列哪一选项是正确的？

- A. 一个案件只有经过两级法院审理裁判才能生效
- B. 经过两级法院审判所作的裁判都是生效裁判
- C. 一个案件经过两级法院审判后对所作的裁判不能上诉
- D. 一个案件经过两级法院审判后当事人就不能对判决、裁定提出异议

答案：C。

解析：本题考核两审终审制。两审终审制，是指一个案件至多经过两级人民法院审判即告终结的制度，对于第二审人民法院作出的终审判决、裁定，当事人等不得再提出上诉，人民检察院不得按照上诉审程序提出抗诉。故 C 项说法正确。

## 重点法条

第十一条 人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行。被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百五十二条 人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。

十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

第一百六十三条 宣告判决，一律公开进行。

当庭宣告判决的，应当在五日以内将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院；定期宣告判决的，应当在宣告后立即将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院。

#### 《高法解释》

第一百二十一条 审判案件应当公开进行。但是涉及国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。对未成年被告人案件的审理，适用相关规定。

对于当事人提出申请的确属涉及商业秘密的案件，法庭应当决定不公开审理。

第一百二十二条 依法不公开审理的案件，任何公民包括与审理该案无关的法院工作人员和被告人的近亲属都不得旁听。审理未成年被告人的案件，适用相关规定。

第一百八十三条 宣告判决，应当一律公开进行。

宣告判决时，法庭内全体人员应当起立。

宣判时，公诉人、辩护人、被害人、自诉人或者附带民事诉讼的原告人未到庭的，不影响宣判的进行。

## 法条精解

本条规定的是审判公开原则。公开审判是指人民法院审理案件和宣告判决，都公开进行，允许公民到法庭旁听，允许新闻记者采访报道，把法庭审判的全部过程，除休庭评议案件外，都公之于众。公开审判不仅向当事人或其他诉讼参与人公开，而且向公民公开，向社会公开。

公开审判是刑事诉讼的一项基本原则。《刑事诉讼法》第 11 条规定，人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行。

### 1. 审判公开的例外（重点）

根据《刑事诉讼法》第 152 条的规定，下列案件不公开审理：

- (1) 涉及国家秘密的案件，一律不公开审理。
- (2) 涉及个人隐私的案件，一律不公开审理。

(3) 未成年人犯罪的案件，其中 14 周岁以上不满 16 周岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；16 周岁以上不满 18 周岁未成年人犯罪的案件，一般不公开审理。这里年龄是指开庭时的年龄；对于后者的不



公开审理应当经过院长的同意，并限制旁听人员的范围和人数。

(4) 涉及商业秘密的案件，此类案件必须经当事人申请提出，适用条件是当事人申请的确属涉及商业秘密的。

## 2. 几个要注意的问题：

(1) 在公开审理案件时，对于公诉人、诉讼参与人提出涉及国家秘密或者个人隐私的证据时，审判长应当制止。确与本案有关的，应当决定案件转为不公开审理。

(2) 依法不公开审理的案件，任何公民包括与审理该案无关的法院工作人员和被告人的近亲属都不得旁听。法定代理人可以旁听。审理未成年被告人的案件，适用相关规定。

(3) 审判公开，法院应当做到：开庭3日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点，方便公民到庭旁听，记者到庭采访。

(4) 不论是否公开审理，评议一律秘密进行。

(5) 依法不公开审理的案件，宣告判决也必须公开。

除了审判公开原则之外，在刑事审判中，还有几个比较重要的原则。包括：

1. 直接言词原则。直接言词原则是指，法官必须在法庭上亲自听取当事人、证人及其他诉讼参与人的口头陈述，案件事实和证据必须由控辩双方当庭口头提出并以口头辩论和质证的方式进行调查。直接言词原则实际上是由直接原则和言词原则组成的。

(1) 所谓直接原则，是指法官必须与诉讼当事人和诉讼参与人直接接触，直接审查案件事实材料证据。

(2) 言词原则是指，法庭审理须以口头陈述的方式进行。包括控辩双方要以口头进行陈述、举证和辩论，证人、鉴定人要口头作证或陈述，法官要以口头的形式进行询问调查。除非法律有特别规定，凡是未经口头调查之证据，不得作为定案的依据。

(3) 直接言词原则的适用。依据刑事诉讼法的规定，应做到以下几点：①及时通知有关人员出庭。②开庭审理中，合议庭成员必须始终在庭，参加庭审的全过程。③所有证据包括法庭依当事人申请或依职权收集的证据，都必须当庭出示，当庭质证。证人出庭作证应是一般原则，不出庭只能是例外。④保证控辩双方有充分的陈述和辩论的机会和时间。

(4) 直接言词原则在按普通程序审理的过程中应当严格遵循，但按简易程序审理的案件可以例外。

2. 辩论原则。辩论原则是指在法庭审理中，控辩双方应以口头的方式进行辩论，法院裁判的作出应以充分的辩论为必经程序。

(1) 内容：①辩论的主体是控辩双方和其他当事人。②辩论的内容是证据问题、事实问题和法律（包括实体法和程序法）适用问题。

(2) 适用辩论原则，需要注意以下两点：①除了在法庭辩论阶段集中进行辩论以外，在法庭调查过程中，控辩双方也可以围绕某一证据的合法性、相关性问题进行辩论。②法庭应当能保障控辩双方有平等、充分的辩论机会。

3. 集中审理原则。又称不中断审理原则，是指法院开庭审理案件，应在不更换审判人员的条件下连续进行，不得中断审理的诉讼原则。该原则要求法庭对每个刑事案件的审理，除了必要的休息时间外，原则上应当是不中断地连续进行。

## (1) 主要内涵：

① 一个案件组成一个审判庭进行审理，每起案件自始至终应由同一法庭进行审判，而且在案件审理已经开始尚未结束以前不允许法庭再审理任何其他案件。

② 法庭成员不可更换。这包括法官和陪审员，必须始终在场参加审理。对于因故不能继续参加审理的，应由始终在场的候补法官、候补陪审员替换，否则，则应重新审判。

③ 证据调查与法庭辩论应在法庭内集中完成。

④ 法庭审理应不中断地进行，并迅速作出裁判。

(2) 最高人民法院于2002年8月12日公布的《关于人民法院合议庭工作的若干规定》集中体现了集中审理原则的精神，其中第3条规定了合议庭成员不得更换，第9条规定了合议庭评议案件的时限，第14条规定了裁判文书制作的期限。

## 真题示例

1. (2005-2-72) 下列哪些案件依法不应公开审理？



- A. 何某强奸案
- B. 15 岁的金某抢劫案
- C. 白某间谍案
- D. 当事人冯某提出不公开审判申请，确属涉及商业秘密的案件

答案：ABCD。

解析：参见《刑事诉讼法》第 152 条、《高法解释》第 121 条的具体规定。

2. (2007-2-21) 最高人民法院《关于人民法院合议庭工作的若干规定》规定，合议庭组成人员确定后，除因回避或者其他特殊情况不能继续参加案件审理外，不得在案件审理过程中更换。这一规定体现的是下列哪一项审判原则？

- A. 公开审判原则
- B. 言词审理原则
- C. 集中审理原则
- D. 辩论原则

答案：C。

解析：《刑事诉讼法》的审判原则的意义之一在于让法官、陪审员通过集中、全面地接触证据对案件形成全面、准确的认识从而作出正确的裁判。2002 年 8 月 12 日公布的《关于人民法院合议庭工作的若干规定》第 3 条关于合议庭成员不得更换的规定，体现了集中审理原则的精神。

## 重点法条

第十二条 未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。

### 法条精解

未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪原则。该原则是无罪推定原则在我国《刑事诉讼法》中的体现，是一项重要原则。这是 1996 年修订后的《刑事诉讼法》中新确立的一项基本原则，该原则吸收了无罪推定原则的精神，明确规定只有人民法院享有定罪权。

1. 该原则的基本含义是：

(1) 在刑事诉讼中，确定被告人有罪的权力由人民法院统一行使，其他任何机关、团体和个人都无权行使。

(2) 人民法院确定任何人有罪，必须依法进行。

2. 该原则在《刑事诉讼法》中的体现为：

(1) 废除了人民检察院原来曾长期拥有的以免予起诉为名义的定罪权，使定罪权由人民法院专门行使。

(2) 受到刑事追诉的人在侦查和审查起诉阶段，一律称为“犯罪嫌疑人”，从检察机关提起公诉之后，则称为“被告人”。

(3) 明确由控方承担举证责任，公诉人在法庭调查中有义务提出证据，对被告人有罪承担证明责任。

(4) 确立了疑罪从无的原则。具体体现为，检察机关对于补充侦查的案件，认为证据不足，不符合起诉条件的，有权作出不起诉的决定；合议庭经过开庭审理，认为案件事实不清、证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

值得注意的是，该原则虽然吸收了无罪推定原则的基本精神和要求，但不同于西方国家的无罪推定，其在说法上还存在一定区别。

## 重点法条

第十四条 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。

对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。

### 法条精解

本条规定的是保障诉讼参与人的诉讼权利原则。该原则的含义包括以下几点：

- 1. 诉讼权利是诉讼参与人所享有的法定权利，法律予以保护，公安司法机关不得以任何方式加以剥夺。
- 2. 诉讼参与人的诉讼权利受到侵害的时候，有权使用法律手段维护自己的诉讼权利。





3. 诉讼参与人的诉讼权利应当保障，并不意味着诉讼参与人可以放弃其应承担的诉讼义务。公安司法机关有义务保障诉讼参与人的诉讼权利，也有权力要求诉讼参与人履行相应的诉讼义务，否则，刑事诉讼就无法顺利进行。

## 重点法条

第十五条 有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：

- (一) 情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；
- (二) 犯罪已过追诉时效期限的；
- (三) 经特赦令免除刑罚的；
- (四) 依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；
- (五) 犯罪嫌疑人、被告人死亡的；
- (六) 其他法律规定免于追究刑事责任的。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百四十二条 犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不起诉决定。对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。……

#### 《刑法》

第八十七条 犯罪经过下列期限不再追诉：（一）法定最高刑为不满5年有期徒刑的，经过5年；（二）法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的，经过10年；（三）法定最高刑为10年以上有期徒刑的，经过15年；（四）法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过20年。

如果20年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

## 法条精解

本条规定的是具有法定情形不予追究刑事责任原则。本条规定了法定不追究刑事责任的情形，以及遇有法定情形时的处理。根据该原则，对于具有不应追究刑事责任法定情形的案件，应根据案件的不同情况及所处的诉讼阶段做出不同处理：

1. 在立案阶段，人民法院发现自诉案件有上述情形之一的，应当不予受理；公诉案件有上述情形之一的，公安机关和人民检察院应当作出不立案的决定。已经立案追究的，立案以后才发现或出现了不应当追究刑事责任的法定情形的，侦查机关应当撤销案件。
2. 在侦查阶段，侦查机关发现有上述情形之一的，应当做出撤销案件的决定。
3. 在审查起诉阶段，人民检察院发现有上述情形之一的，应当作出不起诉的决定。
4. 在审判阶段，对于上述第一种情形，人民法院应当判决宣告无罪；对于其余5种情形一般应裁定终止审理。但根据已经查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认已经死亡的被告人无罪的人民法院应当判决宣告被告人无罪。

本条是刑事诉讼法中最重要的法条之一，考生在备考过程中要给予高度重视。

## 真题示例

1. (2007-2-36) 检察院以涉嫌诈骗罪对某甲提起公诉。经法庭审理，法院认定，某甲的行为属于刑法规定的“将代为保管的他人财物非法占为己有并拒不退还”的侵占行为。对于本案，检察院拒不撤回起诉时，法院的哪种处理方法是正确的？

- A. 裁定驳回起诉
- B. 裁定终止审理
- C. 径行作出无罪判决
- D. 以侵占罪作出有罪判决

答案：B。

解析：根据《高法解释》第176条第2项的规定，法院有权以自己认定的罪名（也就是侵占罪）作出有罪判决。但是侵占罪属于刑法规定的告诉才处理的犯罪，而本案中当事人没有告诉，所以法院不能自己作出判决，因此D项错误。根据《刑事诉讼法》第15条第4项的规定，本题中案件已经经过法院审理，所



以应该终止审理，B 项正确。

2. (2005 - 2 - 22) 某法院决定开庭审理张某贪污案，被告人张某在开庭前突发心脏病死亡。该法院应当如何处理？

- A. 裁定撤销案件
- B. 宣告被告人张某无罪
- C. 裁定终止审理
- D. 退回起诉的人民检察院处理

答案：C。

解析：被告人张某在开庭前突发心脏病死亡，根据《刑事诉讼法》第 15 条以及《高法解释》第 176 条的规定，此时法院无需进行审理，也无需查明案件事实和认定证据材料，更无需确认被告人所涉嫌犯罪之有无，只能终止审理。

3. (2008 - 2 - 66) 关于依法不追究刑事责任的情形，下列哪些选项是正确的？

- A. 犯罪嫌疑人甲和被害人乙在审查起诉阶段就赔偿达成协议，被害人乙要求不追究甲刑事责任
- B. 甲侵占案，被害人乙没有起诉
- C. 高某犯罪情节轻微，对社会危害不大
- D. 犯罪嫌疑人白某在被抓获前自杀身亡

答案：BD。

解析：本题是对《刑事诉讼法》第 15 条的直接考查。

4. (2006 - 2 - 79) 下列哪些选项属于法院应当终止审理的情形？

- A. 张某涉嫌销售赃物一案，经审理认为情节显著轻微危害不大的
- B. 赵某涉嫌抢劫一案，赵某在一审开庭审理前发病猝死的
- C. 李某以遭受遗弃为由提起自诉，法院审查后不予立案的
- D. 王某以遭受虐待为由提起自诉，后又撤回自诉的

答案：BD。

解析：A 项符合《刑事诉讼法》第 15 条第 1 项规定，应当宣告其无罪；B 项符合《刑事诉讼法》第 15 条第 5 项的规定，且没有《高法解释》第 176 条第 3 项规定的情形，因此应当终止审理；C 项属于《刑事诉讼法》第 171 条第 1 款第 2 项的情况，法院应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回；D 项符合属于《高法解释》第 1 条之规定，根据《刑事诉讼法》第 15 条第 4 项的规定，应当终止审理。综上，本题答案为 BD。

## 重点法条

第十六条 对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。

对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。

## 法条精解

本条规定的是追究外国人刑事案件适用我国刑事诉讼法的原则。此处不作详细解析，具体内容请参见本书《涉外刑事诉讼程序与司法协助制度》部分。

## 重点法条

第八十二条 本法下列用语的含义是：

(一)“侦查”是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施；

(二)“当事人”是指被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人；

(三)“法定代理”是指被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表；

(四)“诉讼参与人”是指当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员；

(五)“诉讼代理人”是指公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人和附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人；

(六)“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。

【关联法条】

《法院组织法》

第二条 中华人民共和国的审判权由下列人民法院行使：



- (一) 地方各级人民法院;
- (二) 军事法院等专门人民法院;(1983年9月2日修改)
- (三) 最高人民法院。

地方各级人民法院分为:基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院。

## 法条精解

专门机关和有关个人是刑事诉讼的主体,是刑事诉讼行为的实施者。理解、掌握专门机关和有关诉讼参与人的知识,是理解、把握整个刑事诉讼的基础。本考点包括两个大部分:①刑事诉讼中的专门机关;②刑事诉讼参与人。其中刑事诉讼参与人分为刑事诉讼当事人和刑事诉讼中的其他参与人。

### (一) 刑事诉讼中的专门机关

#### 1. 公安机关

(1) 性质。公安机关是国家的治安保卫机关,是各级人民政府即国家行政部门的组成部分,担负着保卫国家的社会治安,维护社会秩序的重要任务。国家法律授权公安机关直接参加刑事诉讼活动,即司法活动,但公安机关在性质上属于行政机关而不是司法机关。

(2) 职权。在刑事诉讼中,公安机关的主要任务是负责刑事案件的侦查。其职权可简单归纳为立案权和侦查权。此外,公安机关在侦查过程中还有权对犯罪嫌疑人采取拘传、取保候审、监视居住等强制措施。对于现行犯或重大嫌疑分子有权现行拘留。对符合逮捕条件的犯罪嫌疑人有权申请检察机关批准逮捕,对经人民检察院批准逮捕或人民检察院、人民法院决定逮捕的犯罪嫌疑人,有权执行逮捕。对于有管辖权的案件,公安机关有权进行预审或者作出侦查终结的决定。

#### 2. 其他享有刑事侦查权的机关

在刑事诉讼中,除了公安机关和人民检察院以外,其他享有刑事侦查权的机关和部门有:①国家安全机关。②军队保卫部门。③监狱。④走私犯罪侦查机关。

#### 3. 人民检察院

(1) 性质。人民检察院是国家的法律监督机关,是代表国家行使检察权的专门机关。在刑事诉讼中,人民检察院既是公诉机关,又是诉讼活动的监督机关。

(2) 组织体系。人民检察院上下级之间是领导关系。

在机构设置上,最高人民检察院是我国的最高检察机关。

地方各级检察机关分为:省、自治区、直辖市人民检察院;省、自治区、直辖市人民检察院分院,自治州和省辖市人民检察院;县、市、自治县和市辖区人民检察院。其中,省一级人民检察院和县一级人民检察院,根据工作需要,提请本级人民代表大会常务委员会批准,可以在工矿区、农垦区、林区等区域设置人民检察院,作为派出机构。值得注意的是,在各级人民检察院中均可设立检察委员会。检察委员会实行民主集中制,在检察长的主持下,讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定,可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。

专门人民检察院,在我国只有中国人民解放军军事检察院和铁路运输检察院。军事检察院是设立在中国人民解放军中的专门法律监督机关,对现役军人实施的违反职责罪和其他刑事案件依法行使检察权。铁路检察院则包括铁路运输检察院分院和基层铁路运输检察院。

(3) 职权。在刑事诉讼中,人民检察院的职权主要有以下几种:①法律监督权。又称为诉讼监督权,包括对诉讼活动和刑罚执行活动的两类监督权。②公诉权。检察机关是国家唯一的公诉机关。③侦查权。检察机关是法定的侦查机关之一,对于自己立案管辖的案件享有侦查权,即法律规定的贪污贿赂犯罪、国家工作人员的渎职犯罪、国家机关工作人员利用职权实施的特定的侵犯公民民主权利的犯罪以及侵犯公民人身权利的犯罪案件等,有权立案侦查。④批准或决定逮捕权。

#### 4. 人民法院

(1) 性质。人民法院是国家的审判机关,是刑事诉讼中唯一有权审理和判决有罪的专门机关。

(2) 组织体系。根据人民法院组织法的规定,我国人民法院组织体系由最高人民法院、地方各级人民法院和专门法院构成。

最高人民法院是国家的最高审判机关,监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作。

地方各级人民法院包括高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院。其中,高级人民法院包括省、自治区、直辖市高级人民法院;中级人民法院包括在省、自治区内按地区设立的中级人民法院,在直辖市





内设立的中级人民法院，省、自治区所辖市的中级人民法院，以及自治州中级人民法院。基层人民法院包括县人民法院和市人民法院、自治县人民法院、市辖区人民法院。对于基层人民法院可以根据地区、人口和案件情况，设立若干人民法庭，行使部分审判权。

专门人民法院是指在上述普通法院之外设立的专门性人民法院，目前我们建立的专门人民法院有军事法院、铁路运输法院和海事法院。其中只有军事法院和铁路运输法院有刑事案件审判权。

值得注意的是，法院上下级之间是监督关系，而不是领导关系，这一点与检察机关不同。

(3) 职权。人民法院的职权可以分为审判权以及为保障审判权的实施而享有的其他职权两类。主要包括：

①直接受理自诉案件，并根据案件具体情况作出处理，如决定开庭审判或者说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回起诉。

②有权对人民检察院提起的公诉案件进行审查，对符合起诉条件的决定开庭审判。

③有权根据事实和法律对被告人作出有罪、无罪或者罪轻、处罚或者免刑的判决。

④有权对诉讼程序问题和部分实体问题作出裁定或者决定。

⑤有权对违反法庭秩序的诉讼参与人和旁听人员进行必要的处罚。

⑥有权对被告人决定逮捕和采取拘传、取保候审、监视居住等强制措施。

⑦有权在法庭审理过程中，对证据进行调查核实，必要时可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。

⑧有权收缴和处理赃款、赃物及其孳息，执行某些判决和裁定，并对执行中的某些问题进行审核裁决。

⑨有权向有关单位提出司法建议。

值得注意的是，人民法院在法庭审理过程中，有权调查核实证据，有权进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结，但无搜查权。道理很简单，因为人民法院不是侦查机关，只有侦查机关才有搜查的权力。

## (二) 诉讼参与人

诉讼参与人是指在刑事诉讼过程中享有一定诉讼权利，承担一定诉讼义务的除国家专门机关工作人员以外的人。诉讼参与人分为两大类：

1. 当事人。当事人是指被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人。

(1) 被害人。被害人作为当事人的一方，是直接遭受犯罪行为侵害的人。刑事诉讼中的被害人通常指公诉案件中的被害人。根据《刑事诉讼法》的规定，被害人除了享有作为当事人所共同享有的诉讼权利以外，还享有一些特有的诉讼权利：①有权自案件移送审查起诉之日起，委托诉讼代理人。②对于侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权报案或者控告，要求有关机关立案。③对于公安机关不立案的，有权获知原因，并可申请复议；对于公安机关应当立案侦查的案件而不立案侦查的，有权向人民检察院提出，由后者要求公安机关说明理由，并予以纠正。④对于人民检察院所做的不起诉决定，有权向上一级人民检察院申诉，要求提起公诉，也可以不经申诉，直接向人民法院起诉；被害人有权向人民法院提起自诉。

对地方各级人民法院第一审判决不服的，有权请求人民检察院抗诉。

不服地方各级人民法院的生效裁判的，有权提出申诉。

同时，被害人应履行一定的诉讼义务：①如实向公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员作出陈述，如果故意捏造事实，提供虚假陈述，情节严重的，应当承担法律责任。②接受公安司法机关的传唤，按时出席法庭参加审判。遵守法庭纪律，回答提问并接受询问 and 调查。

(2) 自诉人。自诉人是指在自诉案件中以个人名义直接向人民法院提起刑事诉讼，请求追究被告人刑事责任的人。自诉人承担部分的控诉职能。

自诉人的主要诉讼权利有：①直接向人民法院提起自诉。②随时委托诉讼代理人。③在告诉才处理的案件和被害人有权证明的轻微刑事案件中，在人民法院宣告判决前，自诉人有权同被告人自行和解或者撤回自诉。④在告诉才处理的案件和被害人有权证明的轻微刑事案件中，自诉人有权在人民法院的主持下与被告人调解。⑤参加法庭调查和法庭辩论。⑥申请审判人员以及书记员、鉴定人、翻译人员回避。⑦人民法院受理自诉案件后，对于因为客观原因不能取得并提供的有关证据，自诉人有权申请人民法院调查取证。人民法院认为必要的，可以依法调取。⑧提出上诉。⑨提起附带民事诉讼。⑩对生效判决裁定提出申诉，请求重新审判等。



(3) 犯罪嫌疑人、被告人。“犯罪嫌疑人”是受追诉者在检察机关向法院提起公诉以前的称谓；“被告人”是受追诉者在检察机关正式向法院提起公诉以后的称谓。在自诉案件中，没有“犯罪嫌疑人”的称谓，而是直接称为被告人。关于犯罪嫌疑人和被告人的诉讼权利，在学理上分为防御性权利和救济性权利。

防御性权利有：有权使用本民族语言文字进行诉讼；有权自行或在辩护人协助下获得辩护；有权在法定条件下获得法院为其指定的辩护人的法律帮助；有权拒绝辩护人继续为其辩护，也有权另行委托辩护人辩护；有权拒绝回答侦查人员提出的与本案无关的问题；在侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权聘请律师提供法律咨询、代理申诉和控告，代为申请取保候审等；有权在开庭前10日收到起诉书副本；有权参加法庭调查，就指控事实发表陈述，对证人、鉴定人发问，辨认、鉴别物证，听取未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验检查笔录和其他证据文书，并就上述书面证据发表意见；有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验；有权参加法庭辩论，对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论；有权向法庭作最后陈述；自诉案件的被告人有权对自诉人提出反诉，等等。

犯罪嫌疑人、被告人所享有的救济性权利主要有：有权申请回避，对驳回申请回避的决定，有权申请复议；对侵犯其诉讼权利和人身侮辱的行为，有权申请复议；对于人民法院、人民检察院和公安机关采取强制措施超过法定期限的，有权要求解除；对于人民检察院依照《刑事诉讼法》第142条第2款的规定作出的不起决定，有权向人民检察院申诉；对地方各级人民法院的第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉；对各级人民法院已经发生法律效力判决、裁定，有权向人民法院、人民检察院提出申诉，等等；犯罪嫌疑人、被告人被羁押的，有权申请取保候审。

对于犯罪嫌疑人和被告人的程序保障有：在未经人民法院依法判决的情况下，不得被确定有罪；获得人民法院的公开审判；获得人民法院独立、公正的审判；在刑事诉讼过程中，不受审判人员、检察人员、侦查人员以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗及其他非法方法进行的讯问；不受侦查人员实施的非法逮捕、拘留、取保候审、监视居住等强制措施，不受侦查人员的非法搜查、扣押等侦查行为；在提出上诉时不得被加重刑罚等。

(4) 附带民事诉讼当事人。包括附带民事诉讼原告人和附带民事诉讼被告人。他们享有的共同的共同诉讼权利主要有：申请回避的权利；参加附带民事诉讼部分的事实调查和辩论；委托诉讼代理人；对附带民事诉讼部分的裁判提出上诉等。其中附带民事诉讼的原告人有权提出赔偿请求和撤销请求，有权要求调解和达成和解。

(5) 单位当事人。又分为单位犯罪嫌疑人、被告人和单位被害人。

单位犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和诉讼义务，与自然人犯罪嫌疑人、被告人的大致相同，但是最高人民法院解释作出了如下特殊规定：①单位被告人有权委托辩护人。②诉讼代表人有出庭的义务。人民法院决定开庭受理单位犯罪案件，应当通知被告单位的诉讼代表人出庭，接到出庭通知的被告单位的诉讼代表人应当出庭。③诉讼代表人拒不出庭的，人民法院在必要的时候，可以拘传到庭。④专门机关有权对单位财产采取特殊的强制措施。

单位被害人参加刑事诉讼时，应当由其法定代表人作为代表参加诉讼。单位被害人在刑事诉讼中的诉讼权利和诉讼义务，与自然人作为被害人时大体相同。

## 2. 刑事诉讼中的其他参与人：

(1) 法定代理人。根据《刑事诉讼法》第82条的规定可知法定代理人的范围。值得注意的是，法定代理人的诉讼权利来自于法律的规定，也就是说被代理人有什么权利，法定代理人就自动取得什么权利，但是法定代理人不能代替被告人行使最后陈述权。

(2) 诉讼代理人与辩护人。诉讼代理人是受被代理人的委托或法院的制定依法参加诉讼的人。辩护人是指在刑事诉讼中接受犯罪嫌疑人和被告人及其法定代理人的委托，或经过人民法院的指定，为犯罪嫌疑人和被告人的合法权益进行辩护的诉讼参与人。值得注意的是，在侦查阶段，受委托的律师不是法律上的辩护人，此时只能称作是提供法律帮助的人。

有权委托诉讼代理人的主体有：在公诉案件中，被害人及其法定代理人或者近亲属；在自诉案件中，自诉人及其法定代理人；附带民事诉讼的原告人、被告人及其法定代理人。由于诉讼代理人参与刑事诉讼是基于被代理人的委托，依据双方签订的委托协议进行代理，而不是依据法律的规定；诉讼代理人只能在被代理人授权范围内进行诉讼活动。此一点不同于法定代理人。

(3) 证人。证人是了解案件情况的，所以证人具有优先性、不可替代性。成为证人必须满足以下几个条件：①能够辨别是非并能正确表达。②证人必须是当事人以外的人。③证人必须是自然人，单位不能成





为证人。

(4) 鉴定人。鉴定人是指接受公安司法机关的指派或聘请,运用自己的专门知识或者技能,对案件中的某些专门性问题进行鉴别判断并提出书面鉴定意见的人。鉴定人所作的书面分析判断意见称为鉴定结论,是刑事诉讼法定证据之一。

鉴定人需要具备一定的条件:①具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的高级专业技术职称。②具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的专业执业资格或者高等院校相关专业本科以上学历,从事相关工作5年以上。③具有与所申请从事的司法鉴定业务相关工作10年以上经历,具有较强的专业技能。④鉴定人是自然人,机关、团体、单位、组织等不能作为鉴定人。⑤鉴定人必须与本案当事人或者案件本身没有利害关系,如果具有《刑事诉讼法》第28条规定的情形之一,应当回避。鉴定人应当受到公安司法机关的指派或聘请,这是成为鉴定人的形式要件。

鉴定人在刑事诉讼中的诉讼权利有:有使用本民族语言、文字进行鉴定的权利;有权了解与鉴定有关的案件情况;有权要求指派或聘请的机关提供足够的鉴定材料,在提供的鉴定材料不充分、不具备作出鉴定结论的条件时,有权要求有关机关补充材料,否则有权拒绝鉴定;有权要求为鉴定提供必要的条件;有权收取鉴定费用。

鉴定人在刑事诉讼中承担的诉讼义务有:如实作出鉴定,不得故意作出虚假鉴定,否则要承担相应的法律责任;对在鉴定中了解的案件情况和个人隐私应当保密;应当出庭说明作出鉴定结论的依据和理由,并接受公诉人、当事人、辩护人、诉讼代理人以及审判人员的发问、询问;遵守法庭纪律,听从审判人员的指挥。

(5) 翻译人员。翻译人员是指在刑事诉讼过程中接受公安司法机关的指派或者聘请,为参与诉讼的外国人或无国籍人、少数民族人员、盲人、聋人、哑人等进行语言、文字或者手势翻译的人员。

翻译人员应该具备一定的条件:能够胜任语言文字翻译工作,有为当事人及其他诉讼参与人提供翻译的能力;应当与案件或者案件当事人无利害关系,否则应当回避。

### 3. 近亲属

近亲属虽然不属于诉讼参与人,但是近亲属也有一些诉讼权利,如非独立的上诉权(《刑事诉讼法》第180条),申诉权(《刑事诉讼法》第203条)。需要注意的是,刑事诉讼中的近亲属与民事诉讼和行政诉讼都有不同。刑事诉讼中的近亲属包括:夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。民事诉讼中的近亲属包括:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。行政诉讼中的近亲属包括:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养义务的亲属。

## 真题示例

1. (2009-2-66) 高某系一抢劫案的被害人。关于高某的诉讼权利,下列哪些选项是正确的?

- A. 有权要求不公开自己的姓名和报案行为
- B. 如公安机关不立案,有权要求告知不立案的原因
- C. 作为证据使用的鉴定结论,经申请可以补充或者重新鉴定
- D. 如检察院作出不起诉决定,也可以直接向法院提起自诉

答案:ABCD。

解析:本题考核被害人的诉讼权利。根据《刑事诉讼法》第85条第3款、第86条、第121条、第145条的规定可得出答案。

2. (2009-2-69) 关于证人与鉴定人的共同特征,下列哪些选项是正确的?

- A. 是当事人以外的人
- B. 与案件或案件当事人没有利害关系
- C. 具有不可替代性
- D. 有义务出庭接受控辩双方询问

答案:AD。

解析:本题考核证人与鉴定人的共同特征。证人与鉴定人都必须是当事人以外的人,A项正确。鉴定人应当与案件当事人或者案件无利害关系,鉴定人如果与案件或当事人有利害关系的话,属于应当回避的情形的,应当自行回避,不得参与该案件的诉讼活动,证人无此项要求。因此,B项错误。证人必须是了解案件情况的人,因此其具有不可替代性,而鉴定人可以更换。因此,C项错误。证人的诉讼义务之一为出庭审判并接受控辩双方的询问和质证;鉴定人的诉讼义务之一为在接到人民法院通知时,应当亲自出庭作证,说明作出鉴定结论的根据和理由,并接受公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人以及审判人员的发问、询问。故D项正确。

3. (2007-2-76) 下列哪些人是承担控诉职能的诉讼参与人?

- A. 公诉人
- B. 自诉人
- C. 被害人
- D. 控方证人

答案: BC。

解析: 本题考查诉讼参与人。根据《刑事诉讼法》第82条第4项规定, A项的公诉人被首先排除。在自诉案件中, 自诉人的地位相当于原告, 承担着控诉职能, 故B正确。被害人以个人身份参与诉讼, 并与人民检察院共同行使控诉职能, 故C也正确。控方证人是否为承担控诉职能的诉讼参与人要看其在诉讼中能否起到要求追究被告人刑事责任的职能, D项的说法太绝对, 所以不正确。

4. (四川2008-2-30) 秦某带着8岁的儿子买肉时, 与摊主发生争执, 继而互殴。秦某被摊主用刀背打击造成面部骨折, 脑体受损。如该案进入刑事诉讼程序, 秦某的儿子属于哪类诉讼参与人?

- A. 被害人
- B. 证人
- C. 见证人
- D. 既是被害人, 又是证人

答案: B。

解析: 本题考查证人与被害人的概念。根据《刑事诉讼法》第48条的规定, 秦某的儿子目睹了案件的全部过程, 虽然年幼, 但是不是无法辨别是非、不能正确表达的人, 因此可以作为证人。他的人身、财产或者其他权益都没有遭受犯罪行为的直接侵害, 因此不是被害人。

5. (四川2008-2-79) 关于辩护人的辩护主张与司法机关及犯罪嫌疑人、被告人的关系, 下列哪些说法是正确的?

- A. 独立于公安机关
- B. 独立于检察机关
- C. 独立于审判机关
- D. 独立于犯罪嫌疑人和被告人

答案: ABCD。

解析: 本题是对辩护人的考查。根据《刑事诉讼法》第35条的规定, 辩护人既独立于公安司法机关, 也独立于犯罪嫌疑人和被告人。本题正确答案是ABCD。

## 重点法条

第十八条 刑事案件的侦查由公安机关进行, 法律另有规定的除外。

贪污贿赂犯罪, 国家工作人员的渎职犯罪, 国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪, 由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件, 需要由人民检察院直接受理的时候, 经省级以上人民检察院决定, 可以由人民检察院立案侦查。

自诉案件, 由人民法院直接受理。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第四条 (略)

第一百七十条 自诉案件包括下列案件:

- (一) 告诉才处理的案件;
- (二) 被害人有证据证明的轻微刑事案件;
- (三) 被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任, 而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

#### 《高法解释》

第二百二十五条 军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权。

对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱进行侦查。

军队保卫部门、监狱办理刑事案件, 适用本法的有关规定。

#### 《六部委规定》

2. 刑事诉讼法规定人民检察院管辖“国家工作人员的渎职犯罪”案件, 修订后的刑法已将渎职罪的主体修改为国家机关工作人员。根据这一修改, 人民检察院管辖的“渎职犯罪”, 是指刑法分则第九章规定的渎职罪。另外, 刑法分则第四章第二百四十八条规定的监管人员殴打、体罚、虐待被监管人罪, 由人民检察院管辖。刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中规定的犯罪由公安机关管辖。





3. 修订后的刑法已将贪污贿赂罪明确在分则第八章中作了规定,根据这一修改,人民检察院管辖“贪污贿赂犯罪”案件,是指修订后刑法分则第八章规定的贪污贿赂罪和其他章节中明确规定按照刑法分则第八章贪污贿赂罪的规定定罪处罚的犯罪。第一百六十三条第一款、第二款、第一百八十四条第一款和第一百六十四条规定的犯罪由公安机关管辖。

4. 刑事诉讼法第一百七十条第二项规定由人民法院直接受理的“被害人有证据证明的轻微刑事案件”是指下列被害人有证据证明的刑事案件:

- (一) 故意伤害案(轻伤);
- (二) 重婚案;
- (三) 遗弃案;
- (四) 妨害通信自由案;
- (五) 非法侵入他人住宅案;
- (六) 生产、销售伪劣商品案件(严重危害社会秩序和国家利益的除外);
- (七) 侵犯知识产权案件(严重危害社会秩序和国家利益的除外);
- (八) 属于刑法分则第四章、第五章规定的,对被告人可以判处三年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件。

上述所列八项案件中,被害人直接向人民法院起诉的,人民法院应当依法受理,对于其中证据不足、可由公安机关受理的,应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的,公安机关应当受理。

伪证罪、拒不执行判决、裁定罪由公安机关立案侦查。

6. 公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件时,应当将贪污贿赂案件移送人民检察院;人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件,应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中,如果涉嫌主罪属于公安机关管辖,由公安机关为主侦查,人民检察院予以配合;如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖,由人民检察院为主侦查,公安机关予以配合。

## 法条精解

本条规定的是公、检、法三机关对刑事案件的管辖分工,即职能管辖或立案管辖。立案管辖,又称职能管辖或部门管辖,是指人民法院、人民检察院和公安机关各自直接受理刑事案件的职权范围,也就是人民法院、人民检察院和公安机关之间,在直接受理刑事案件范围上的权限划分。我国的立案管辖有以下分类:

### 1. 公安机关直接受理的刑事案件

除法律另有规定外,刑事案件应当由公安机关立案侦查。法律另有规定的有:

- (1) 由人民检察院直接立案侦查的案件。
- (2) 由军队内部的保卫部门负责侦查的军队内部发生的刑事案件。
- (3) 由国家安全机关立案侦查的危害国家安全的案件。
- (4) 由监狱立案侦查的罪犯在监狱内犯罪的案件。

(5) 对于涉税案件、破坏社会主义市场经济秩序的案件由公安机关管辖,公安机关应当立案侦查,人民检察院不再受理。对于人民检察院已经立案侦查的依法应由公安机关管辖的涉税等案件,可由人民检察院继续办理完毕,或由人民检察院移交公安机关办理。

(6) 伪证罪、拒不执行判决、裁定罪由公安机关立案侦查,而不应由人民法院直接受理。

此外公安部还发布了《监狱、劳改队管教工作细则》,其中第16条规定:对于犯人在服刑期间又犯罪的案件,由监狱、劳改队侦查终结后,写出起诉书意见书,连同案卷、证据材料一并移送当地人民检察院处理。第17条规定:犯人在逃跑期间又重新作案,如果所犯新罪是在捕回后发现的,应当和脱逃罪一并起诉处理;如果所犯新罪是在犯罪地发现的,即由犯罪地的公安、检察院、法院按照《刑事诉讼法》规定的案件管辖范围和程序,予以处理。判决后,原则上仍送原所在劳动改造场所执行。

### 2. 人民检察院直接受理的案件

由于人民检察院有监督法律实施的性质,其直接受理的刑事案件主要是国家工作人员利用职权之便实施的犯罪。人民检察院立案侦查的案件有:

(1) 贪污贿赂犯罪。这类犯罪是指刑法分则第8章规定的国家工作人员贪污案,贿赂案,挪用公款案,巨额财产来源不明案,隐瞒境外存款案等,以及其他章节中明确规定按照刑法第8章贪污贿赂罪的规定定



罪处罚的犯罪。应当注意涉税案件应当由公安机关立案侦查，人民检察院不再受理。

(2) 国家工作人员的渎职犯罪。根据刑法分则第9章的有关规定，这类犯罪包括国家工作人员滥用职权案，玩忽职守案，泄露国家秘密案，徇私枉法案，私放在押人员案等。

(3) 国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪。主要是指国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁案、非法搜查案、刑讯逼供案、报复陷害案、暴力取证案、虐待被监管人案以及破坏选举案等。需要注意的是，有些案件虽然也属于侵犯公民民主权利的范围，但一般不由人民检察院立案侦查，例如非法剥夺宗教信仰自由案、侵犯少数民族风俗习惯案、侵犯公民通信自由案等。

(4) 国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查。这一规定应视为人民检察院以立案侦查的方式，加强对公安机关立案侦查活动的个案监督。在具体执行中应当严格掌握，不应做任意扩大解释。

(5) 上级人民检察院在必要的时候，可以直接侦查或者组织、指挥参与侦查下级人民检察院管辖的案件，也可以将本院管辖的案件交由下级人民检察院侦查；下级人民检察院认为案情重大、复杂，需要由上级人民检察院侦查的案件，可以请求移送上级人民检察院侦查。

### 3. 人民法院直接受理的案件

人民法院仅直接受理自诉案件，立案后直接进入审理阶段，不需要经过专门机关侦查。自诉案件包括：

(1) 告诉才处理的案件。告诉才处理的案件，是指被害人及其法定代理人提出控告和起诉，人民法院才予受理的案件。根据我国刑法的规定，告诉才处理的案件共有四种：即刑法分则第246条第1款规定的侮辱、诽谤罪（但是严重危害社会秩序和国家利益的除外），第257条第1款规定的暴力干涉婚姻自由罪，第260条第1款规定的虐待罪和第270条规定的侵占罪。依照《刑事诉讼法》第88条的规定，告诉才处理的案件，如果被害人死亡或者丧失行为能力，其法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉，人民法院应当依法受理。如果被害人及其法定代理人没有告诉或者告诉后又撤回告诉的，人民法院就不予追究。被害人不起诉必须是他本人真实意思的体现，如果被害人因受到强制、威吓等原因无法告诉的，人民检察院或者被害人的近亲属也可以告诉。

(2) 被害人有证据证明的轻微刑事案件。这类案件必须满足两个条件：一是必须是轻微的刑事案件；二是被害人必须有相应的证据证明被告人有罪。根据《六部委规定》，这类案件主要包括：①故意伤害罪（轻伤）；②重婚罪；③遗弃罪；④妨害通信自由罪；⑤非法侵入他人住宅罪；⑥生产、销售伪劣商品罪（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；⑦侵犯知识产权罪（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；⑧属于刑法分则第4章侵犯公民人身权利、民主权利罪，第5章侵犯财产罪规定的，对被告人可以判处3年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件等。

上述所列8项案件中，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理，对于其中证据不足、可由公安机关受理的，应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。被害人无证据或证据不充分的，人民法院应当说服其撤诉或者裁定驳回起诉。必要时，人民法院也可以将案件移送公安机关处理。

### 4. 关于立案管辖的几个问题

(1) 公安机关和检察机关之间。需要进行侦查的案件，如果一案涉及几个罪名，按立案管辖的规定，公安机关和检察机关都有管辖权的，原则上应当按照管辖的规定，该哪个机关管辖就由哪个机关管辖，先立案的机关发现案件应属其他机关管辖的，应依法移送有管辖权的机关，对此，有关机关必须相互配合，主动移交案件材料。

公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件时，应当将贪污贿赂案件移送人民检察院；人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件，应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中，如果涉嫌主罪属于公安机关管辖，由公安机关为主侦查，人民检察院予以配合；如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖，以人民检察院为主侦查，公安机关予以配合。

(2) 公安机关、检察机关与人民法院之间。公安机关或人民检察院在侦查过程中，如果发现被告人还犯有属于人民法院直接受理的罪行时，应分别情况进行处理。对于属于告诉才处理的案件，可以告知被害人向人民法院直接提起诉讼；对于属于人民法院可以受理的其他类型的自诉案件的，可以立案进行侦查，然后在人民检察院提起公诉时，随同公诉案件移送人民法院，由人民法院合并审理；侦查终结后不提起公诉的，则应直接移送人民法院处理。

人民法院在审理自诉案件过程中，如果发现被告人还犯有必须由人民检察院提起公诉的罪行时，则应



将新发现的罪行另案移送有管辖权的公安机关或者人民检察院处理。

## 真题示例

1. (2009-2-21) 国家机关工作人员高某与某军事部门有业务往来。一日, 高某到该部门洽谈工作, 趁有关人员临时离开将一部照相机窃走。该照相机中有涉及军事机密的照片。关于本案, 负责立案侦查的是下列哪一机关?

- A. 公安机关
- B. 检察机关
- C. 国家安全机关
- D. 军队保卫部门

答案: D。

解析: 本题考查立案管辖。根据《刑事诉讼法》第 225 条的规定, 军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权。

2. (2009-2-22) 下列哪一案件应由公安机关直接受理立案侦查?

- A. 林业局副局长王某违法发放林木采伐许可证案
- B. 吴某破坏乡长选举案
- C. 负有解救被拐卖儿童职责的李某利用职务阻碍解救案
- D. 某地从事实验、保藏传染病菌种的钟某, 违反国务院卫生行政部门的有关规定, 造成传染病菌种扩散构成犯罪的案件

答案: D。

解析: 本题考查立案管辖。根据《刑事诉讼法》第 18 条第 2 款的规定, AC 项中, 违法发放林木采伐许可证案以及阻碍解救被拐卖儿童案属于国家工作人员的渎职犯罪, 依法由人民检察院直接立案侦查。B 项破坏选举案属于国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪案件, 也依法由人民检察院直接立案侦查。故排除 ABC 三项, D 项正确。

3. (2004-2-29) 下列哪一种案件不应由人民检察院直接立案侦查?

- A. 骗取出口退税案
- B. 受贿案
- C. 私分国有资产案
- D. 徇私舞弊不征、少征税款案

答案: A。

解析: 本题考查的是人民检察院直接受理的案件范围。BCD 三项分别属于贪污贿赂犯罪或者渎职犯罪等, 应该由人民检察院立案侦查, 而 A 选项属于涉税案件, 应由公安机关侦查, 故选 A。

## 重点法条

第二十条 中级人民法院管辖下列第一审刑事案件:

- (一) 反革命案件、危害国家安全案件;
- (二) 可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件;
- (三) 外国人犯罪的刑事案件。

第二十一条 高级人民法院管辖的第一审刑事案件, 是全省(自治区、直辖市)性的重大刑事案件。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第十九条 基层人民法院管辖第一审普通刑事案件, 但是依照本法由上级人民法院管辖的除外。

第二十一条 高级人民法院管辖的第一审刑事案件, 是全省(自治区、直辖市)性的重大刑事案件。

第二十二条 最高人民法院管辖的第一审刑事案件, 是全国性的重大刑事案件。

#### 《高法解释》

第三条 刑事自诉案件的自诉人、被告人一方或者双方是在港、澳、台居住的中国公民或者其住所地是在港、澳、台的单位的, 由犯罪地的基层人民法院审判。

港、澳、台同胞告诉的, 应当出示港、澳、台居民身份证、回乡证或者其他能证明本人身份的证明。

第四条 人民检察院认为可能判处无期徒刑、死刑而向中级人民法院提起公诉的普通刑事案件, 中级人民法院受理后, 认为不需要判处无期徒刑以上刑罚的, 可以依法审理, 不再交基层人民法院审理。

第五条 一人犯数罪、共同犯罪和其他需要并案审理的案件, 只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的, 全案由上级人民法院管辖。



本条规定的是审判管辖中的级别管辖。审判管辖，是指人民法院审判第一审刑事案件的职权范围，包括各级人民法院之间、普通人民法院与专门人民法院之间，以及同级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的权限分工。

级别管辖，是指各级人民法院之间在审判第一审刑事案件上的权限分工。

1. 基层人民法院管辖的第一审刑事案件。普通刑事案件的第一审原则上由基层人民法院管辖。
2. 中级人民法院管辖的第一审刑事案件包括：
  - (1) 危害国家安全的案件。
  - (2) 可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件。
  - (3) 外国人犯罪的刑事案件。

### 真题示例

(四川 2008-2-28) 下列哪一案件属于基层法院管辖？

- A. M 国人汤姆在 G 国殴打一中国留学生，致其耳聋
- B. B 国人达卡威斯在中国盗窃一旅客手包，内有财物价值 2500 元
- C. 中国籍的马某在中国内地将一台湾商人打成轻伤
- D. 中国籍的黄某在中国大陆绑架一 G 国籍富商，因未勒索到赎金将其杀害

答案：C。

解析：本题考查级别管辖。根据《刑事诉讼法》第 19 条、第 20 条之规定，A 项和 B 项属于外国人犯罪的刑事案件，应该由中级人民法院管辖。D 项中，黄某将 G 国富商杀死，可能被判处死刑、无期徒刑，也是由中级人民法院管辖，只有 C 项中的案件可以由基层人民法院管辖。因此，本题正确答案是 C。

### 重点法条

第二十三条 上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；下级人民法院认为案情重大、复杂需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件，可以请求移送上一级人民法院审判。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第二十六条 上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件，也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。

#### 《高法解释》

第十五条 上级人民法院认为有必要审理下级人民法院管辖的第一审刑事案件，应当向下级人民法院下达改变管辖决定书，并书面通知同级人民检察院。

第十六条 基层人民法院对于认为案情重大、复杂或者可能判处无期徒刑、死刑的第一审刑事案件，请求移送中级人民法院审判，应当经合议庭报请院长决定后，在案件审理期限届满十五日以前书面请求移送。中级人民法院应当在接到移送申请十日内作出决定。

中级人民法院不同意移送的，应当向该基层人民法院下达不同意移送决定书，由该基层人民法院依法审判；同意移送的，应当向该基层人民法院下达同意移送决定书，并书面通知同级人民检察院。基层人民法院接到上级人民法院同意移送决定书后，应当通知同级人民检察院和当事人，并将起诉材料退回同级人民检察院。

第十七条 两个以上同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院管辖。尚未开庭审判的，在必要的时候，可以移送被告人主要犯罪地的人民法院审判。对管辖权发生争议的，应当在审限内协商解决；协商不成的，由争议的人民法院分别逐级报请共同的上一级人民法院指定管辖。

第十八条 有管辖权的人民法院因案件涉及本院院长需要回避等原因，不宜行使管辖权的，可以请求上一级人民法院管辖；上一级人民法院也可以指定与提出请求的人民法院同级的其他人民法院管辖。

第十九条 上级人民法院指定管辖的，应当将指定管辖决定书分别送达被指定管辖的人民法院和其他



有关的人民法院。

原受理案件的人民法院，在收到上级人民法院指定其他人民法院管辖决定书后，不再行使管辖权。对于公诉案件，应当书面通知提起公诉的人民检察院，并将全部案卷材料退回，同时书面通知当事人；对于自诉案件，应当将全部案卷材料移送被指定管辖的人民法院，并书面通知当事人。

第二十二条 上级人民法院在必要的时候，可以将下级人民法院管辖的案件指定其他下级人民法院管辖。

### 法条精解

本条规定的是各级人民法院之间的管辖权变更问题。

1. 上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；但是对于第一审刑事案件，依法应当由上级人民法院管辖的，不能再指定下级人民法院管辖。

2. 一人犯数罪、共同犯罪和其他需要并案审理的案件，只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。

3. 人民检察院认为可能判处无期徒刑、死刑而向中级人民法院提起公诉的普通刑事案件，中级人民法院受理后，认为不需要判处无期徒刑以上刑罚的，可以依法审理，不再交基层人民法院审理。

4. 基层人民法院认为案情重大、复杂需要由中级人民法院审判的第一审刑事案件，可以请求移送中级人民法院审判。中级人民法院可以同意，也可以不同意。同意移送的，应当向基层人民法院下达同意移送决定书，并书面通知同级人民检察院。基层人民法院接到上级人民法院同意移送决定书后，应当通知同级人民检察院和当事人，并将起诉材料退回同级人民检察院。

另外，对于管辖权不明确的刑事案件，上级法院可以指定下级法院审理，注意这里的上级法院，应当是指上一级人民法院。管辖不明的刑事案件包括该案件的管辖在法律中没有明确规定以及管辖权存在争议等情形。

### 真题示例

1. (2006-2-25) 王某担任甲省副省长期间受贿 50 多万元，有关法院指定乙省 W 市中级人民法院管辖。该项指定应当由下列哪一法院作出？

- A. 甲省高级人民法院
- B. 乙省高级人民法院
- C. W 市中级人民法院
- D. 最高人民法院

答案：D

解析：本题考查指定管辖。根据《高法解释》第 22 条，上级人民法院在必要的时候，可以将下级人民法院管辖的案件指定其他下级人民法院管辖。《高法解释》第 17 条规定，对于管辖权争议应当层报其共同上级法院指定管辖。甲省与乙省在法院系统中的共同上级，应为最高人民法院，因此选 D。

2. (2006-2-26) 某市 A 区法院受理一起盗窃案件，因该案被告人与该法院院长具有亲属关系，市中级人民法院遂指定将该案移交 B 区法院审判。对于该案的全部案卷材料，A 区法院应按下列哪一选项处理？

- A. 应当退回 A 区检察院
- B. 应当直接移交 B 区法院
- C. 可以直接移交 B 区法院
- D. 应当通过中级人民法院移交 B 区法院

答案：A。

解析：本题考查指定管辖的处理。本案属于公诉案件，根据《高法解释》第 19 条的规定，A 区法院应当将全部案卷退回原公诉机关。故选 A。

### 重点法条

第二十四条 刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。

【关联法条】

《刑事诉讼法》

第二十五条 几个同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院审判。在必要的时候，可以移送主要犯罪地的人民法院审判。

《高法解释》

第二条 犯罪地是指犯罪行为发生地。以非法占有为目的的财产犯罪，犯罪地包括犯罪行为发生地和





犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。

第三条第一款 刑事诉讼案件的自诉人、被告人一方或者双方是在港、澳、台居住的中国公民或者其住所是在港、澳、台的单位的，由犯罪地的基层人民法院审判。

第六条 单位犯罪的刑事案件，由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告单位住所地的人民法院管辖更为适宜的，可以由被告单位住所地的人民法院管辖。

第七条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内，行使刑事管辖权。

前款规定的案件由被告人被抓获地的中级人民法院管辖。

第八条 在中华人民共和国领域外的中国船舶内的犯罪，由犯罪发生后该船舶最初停泊的中国口岸所在地的人民法院管辖。

第九条 在中华人民共和国领域外的中国航空器内的犯罪，由犯罪发生后该航空器在中国最初降落地的人民法院管辖。

第十条 在国际列车上的犯罪，按照我国与相关国家签订的有关管辖协定确定管辖。没有协定的，由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。

第十一条 中国公民在驻外的中国使领馆内的犯罪，由该公民主管单位所在地或者他的原户籍所在地的人民法院管辖。

第十二条 中国公民在中华人民共和国领域外的犯罪，由该公民出境前的居住地或者原户籍所在地的人民法院管辖。

第十三条 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，依照《中华人民共和国刑法》应受处罚的，由该外国人入境地的中级人民法院管辖。

第十四条 发现正在服刑的罪犯在判决宣告前还有其他犯罪没有受到审判的，由原审人民法院管辖；如果罪犯服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖更为适宜的，可以由服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖。

正在服刑的罪犯在服刑期间又犯罪的，由服刑地的人民法院管辖。

正在服刑的罪犯在脱逃期间的犯罪，如果是在犯罪地捕获并发现的，由犯罪地的人民法院管辖；如果是被缉捕押解回监狱后发现的，由罪犯服刑地的人民法院管辖。

## 法条精解

关于第一审刑事案件的地域管辖问题。地域管辖，是指同级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的权限划分：

1. 犯罪地法院管辖。刑事案件原则上应由犯罪地的人民法院管辖。按照最高人民法院的司法解释，犯罪地是指犯罪行为发生地。包括：犯罪预备地、犯罪行为实施地、犯罪结果地以及销赃地等。非法占有为目的的财产犯罪，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。

2. 被告人居住地法院管辖。被告人居住地法院管辖的原则是以“更为适宜”为前提的，要视具体案情来定，由于标准模糊，不是司法考试的重点。这个原则是法律和司法解释对地区管辖所作的一项辅助性的规定。其中，被告人居住地包括被告人的户籍所在地、居住地。

3. 对于同一刑事案件，犯罪地可能不止一个或者犯罪嫌疑人、被告人实施的数个犯罪行为的犯罪地比较分散，可能导致几个同级人民法院都有权管辖，此时由最初受理的人民法院审判，在必要的时候，可以移送主要犯罪地的人民法院审判。即对于几个同级人民法院都有管辖权的，采取以最初受理地为主、以主要犯罪地为辅的原则。

由于刑事案件的错综复杂，司法解释对下列无法运用刑事诉讼法解决的特殊案件进行了规定：

1. 对于我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内，行使行使管辖权，涉及地区管辖的：

(1) 对于我国缔结或者参加的国际条约所规定的犯罪，我国具有刑事管辖权的案件，由被告人被抓获地的中级人民法院管辖；

(2) 在中国领域外的中国船舶内的犯罪，由犯罪发生后该船舶最初停泊的中国口岸所在地的人民法院管辖。

(3) 在中华人民共和国领域外的中国航空器内的犯罪，由犯罪发生后该航空器在中国最初降落地的人民



民法院管辖。

(4) 中国公民在驻外的中国使领馆内的犯罪, 由该公民主管单位所在地或者他的原户籍所在地的人民法院管辖。

(5) 在国际列车上发生的刑事案件的管辖, 按照中国与相关国家签订的有关管辖协定执行。没有协定的, 由犯罪发生后列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。

2. 对罪犯在服刑期间发现漏罪及又犯新罪的:

(1) 发现正在服刑的罪犯在判决宣告前还有其他犯罪没有受到审判的, 由原审人民法院管辖; 如果罪犯服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖更为适宜的, 可以由服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖。

(2) 正在服刑的罪犯在服刑期间又犯罪的, 由服刑地的人民法院管辖。

(3) 正在服刑的罪犯在脱逃期间的犯罪, 如果是在犯罪地捕获并发现的, 由犯罪地的人民法院管辖; 如果是被缉捕押回监狱后发现的, 由罪犯服刑地的人民法院管辖。

3. 刑事自诉案件的自诉人、被告人一方或者双方是在港、澳、台居住的中国公民或者其住所是在港、澳、台的单位的, 由犯罪地的基层人民法院审判。港、澳、台同胞告诉的, 应当出示港、澳、台居民身份证、回乡证或者其他能证明本人身份的证件。

4. 中国公民在中华人民共和国领域外的犯罪, 由该公民出境前的居住地或者原户籍所在地的人民法院管辖。

5. 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪, 依照我国刑法应受处罚的, 由该外国人入境地的中级人民法院管辖。

### 真题示例

1. (2004-2-27) 李某系 L 市出租汽车公司司机, 住该市河东区。1999 年 10 月 25 日晚, 香港居民孙某在河西区乘坐李某驾驶的出租车至该区天平大酒店, 下车时将背包遗忘在车上, 内有价值近 4 万元的笔记本电脑。孙下车后即意识到背包遗忘在车上, 于是找到李某, 向其索要。李某谎称并未见到背包, 拒不交出。该案一审管辖法院应当是哪个法院?

- A. 河东区人民法院
- B. 河西区人民法院
- C. 市中级人民法院
- D. 市中级人民法院指定的其他基层人民法院

答案: B。

解析: 本题是对刑事诉讼地域管辖一般原则的考查。本案中, 被告人住所在河东区, 但整个犯罪行为和他实际取得财产的地点都在河西区, 根据《刑事诉讼法》第 24 条的规定, 应由河西区人民法院管辖。

2. (2008-2-21) 李某, 甲市人, 中国乙市远洋运输公司“黎明号”货轮船员。“黎明号”航行在公海时, 李某因与另一船员李某发生口角将其打成重伤。货轮返回中国首泊丙市港口时, 李某趁机潜逃, 后在丁市被抓获。该案应当由下列哪一法院行使管辖权?

- A. 甲市法院
- B. 乙市法院
- C. 丙市法院
- D. 丁市法院

答案: C。

解析: 本题考查地域管辖。“黎明号”货轮最初停泊的中国口岸所在地法院是丙市法院, 根据《高法解释》第 8 条之规定, 应当由丙市法院行使管辖权, 本题正确答案是 C。

3. (2006-2-66) 甲非法拘禁乙于某市 A 区, 后又用汽车经该市 B 区、C 区, 将乙转移到 D 区继续拘禁。对于甲所涉非法拘禁案, 下列哪些法院依法享有管辖权?

- A. A 区法院
- B. B 区法院
- C. C 区法院
- D. D 区法院

答案: ABCD。

解析: 本题考查地域管辖。由于非法拘禁是继续犯, 所以甲与乙经过的 A、B、C、D 四区都可看作犯罪地。其中 A 区、D 区为主要犯罪地。B 区、C 区也为犯罪地, 因此, 根据《刑事诉讼法》第 24 条的规定, 四地法院都有管辖权。故本题正确答案为 ABCD。

### 重点法条

第二十七条 专门人民法院案件的管辖另行规定。



## 【关联法条】

### 《高法解释》

第二十条 现役军人（含军内在编职工，下同）和非军人共同犯罪的，分别由军事法院和地方人民法院或者其他专门法院管辖；涉及国家军事秘密的，全案由军事法院管辖。

第二十一条 下列案件由地方人民法院或者军事法院以外的其他专门法院管辖：

- （一）非军人、随军家属在部队营区内犯罪的；
- （二）军人在办理退役手续后犯罪的；
- （三）现役军人入伍前犯罪的（需与服役期内犯罪一并审判的除外）；
- （四）退役军人在服役期内犯罪的（犯军人违反职责罪的除外）。

## 法条精解

本条是对专门法院管辖的规定，即专门管辖。专门管辖，是指各种人民法院审判刑事案件的职权范围。我国现在只有军事法院和铁路运输法院两个专门法院。在司法考试中，需要关注的主要是军事法院的管辖范围。

1. 军事法院管辖的案件。现役军人和非军人共同犯罪的，分别由军事法院和地方人民法院或者其他专门法院管辖；涉及军事秘密的，全案由军事法院管辖。

2. 以下案件不由军事法院管辖，而由地方人民法院或者军事法院以外的其他专门法院管辖以下案件：

- （1）非军人、随军家属在部队营区犯罪的案件；
- （2）军人在办理退役手续后犯罪的案件；
- （3）现役军人入伍前犯罪的案件（需与服役期内犯罪一并审判的除外）；
- （4）退役军人在服役期内犯罪的案件（犯军人违反职责罪的除外）。

对于铁路运输法院的管辖范围，只需知道在国际列车上发生的刑事案件的管辖，按照中国与相关国家签订的有关管辖协定执行。没有协定的，由犯罪发生后列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。

## 真题示例

（2005-2-23）下列哪一种情形应当由军事法院管辖？

- A. 现役军人邝某涉嫌与某企业职工何某共同窃取国家军事秘密
- B. 发现现役军人石某入伍前犯有故意伤害罪未处理
- C. 退役军人李某回到家乡后被发现曾在服役期间犯有盗窃罪未处理
- D. 到部队看望朋友的张某在部队营区内盗窃

答案：A。

解析：本题是对专门法院管辖的考查。A项符合《高法解释》第20条的规定。B项属于《高法解释》第21条第3项之规定，C属于第4项的情形，需要注意的是，题目中明确指出犯的罪行是盗窃，显然不是军人违反职责罪，D属于第1项的情形，故选A。

## 重点法条

第二十八条 审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

- （一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；
- （二）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；
- （三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；
- （四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

## 【关联法条】

### 《刑事诉讼法》

第二十九条 审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。

审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的，应当依法追究法律责任。当事人及其法定代理人有权要求他们回避。



第三十一条 本法第二十八条、第二十九条、第三十条的规定也适用于书记员、翻译人员和鉴定人。

### 《高法解释》

第二十三条 审判委员会委员、合议庭组成人员及独任审判员有刑事诉讼法第二十八条、第二十九条所列情形之一的，应当自行回避；当事人和他们的法定代理人也有权申请上列人员回避。

第二十六条 应当回避的人员，本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，院长或者审判委员会应当决定其回避。

第三十一条 参加过本案侦查、起诉的侦查、检察人员，如果调至人民法院工作，不得担任本案的审判人员。

凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员，不得再参与本案其他程序的审判。

第一百二十九条 审判长分别询问当事人、法定代理人是否申请回避，申请何人回避和申请回避的理由。

如果当事人、法定代理人申请审判人员、出庭支持公诉的检察人员回避，合议庭认为符合法定情形的，应当依照本解释有关回避的规定处理；认为不符合法定情形的，应当当庭驳回，继续法庭审理。如果申请回避人当庭申请复议，合议庭应当宣布休庭，待作出复议决定后，决定是否继续法庭审理。

同意或者驳回避申请的决定及复议决定，由审判长宣布，并说明理由。必要时，也可以由院长到庭宣布。

### 《高检规则》

第二十九条 参加过本案侦查的侦查人员，如果调至人民检察院工作，不得担任本案的检察人员。

## 法条精解

本部分规定的是回避制度。回避制度是刑事诉讼中又一重要的诉讼制度，对于保障诉讼参与人的诉讼权利和程序公正都有着不可忽视的作用。我国的回避，是指侦查人员、检察人员、审判人员、鉴定人、书记员以及翻译人员等同案件有法定的利害关系或者其他可能影响案件公正处理的关系，不得参加办理该案件或者参与该案件的其他诉讼活动的制度。

1. 回避的适用对象。回避的适用对象是指在法律明确规定的回避情形下应当回避的公安司法人员的范围。回避的适用对象非常广泛，包括：审判人员、检察人员、侦查人员、书记员、翻译人员和鉴定人。其中，审判人员指各级人民法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员、助理审判员以及其他在法院中占行政编制的工作人员。检察人员指各级人民检察院检察官、书记员和司法行政人员。对于检察院的检察委员会委员是否属于回避的范围，法律没有明确规定。一般认为，检察委员会委员对案件的处理结果有重要影响，从维护司法公正角度出发，检察委员会委员应当纳入检察人员范围，依法回避。

注意，基于证人的不可替代性、不可选择性与优先适用性等特征，对证人是适用回避制度的。

2. 回避的理由。

(1) 是本案的当事人或者是当事人的近亲属的。至于当事人的范围，根据《刑事诉讼法》第82条的规定，包括当事人的“夫、妻、父、母、子、女及同胞兄弟姐妹”。就审判人员而言，最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第1条对此作了进一步的解释，规定与当事人有直系血亲、三代以内旁系血亲以及姻亲关系的审判人员都应当回避。

(2) 本人或者他的近亲属和本案有利害关系的。

(3) 担任过本案的证人、鉴定人、辩护人或者诉讼代理人的。就审判人员而言，最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第1条对此作了进一步的解释，规定担任过勘验人的审判人员，也应当回避。

(4) 违反规定会见当事人及其委托或接受其请客送礼的。为严格执行这一规定，最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第2条进一步规定，审判人员具有下列情形之一的，当事人及其法定代理人有权要求回避：

① 未经批准，私下会见本案一方当事人及其代理人、辩护人的。

② 为本案当事人推荐、介绍代理人、辩护人，或者为律师、其他人员介绍办理该案件的。

③ 接受本案当事人及其委托的人的财务、其他利益，或者要求当事人及其委托的人报销费用的。

④ 接受本案当事人及其委托的人的宴请，或者参加由其支付费用的各项活动的。

⑤ 向本案当事人及其委托的人借款、借用交通工具、通讯工具或者其他物品，或者接受当事人及其委托的人购买商品、装修住房以及其他方面给予的好处的。





(5) 在诉讼阶段以前参与办理同一案的。《刑事诉讼法》第192条规定，原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行审判。第206条规定，人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行审理。根据上述规定，对于第二审法院经过第二审程序裁定发回重审的案件，原审法院负责审理此案的原合议庭组成人员不得再参与对案件的审理；同样的，对于人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，原负责审判此案的合议庭组成成员也不得再参与对该案的处理。

(6) 与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。

## 重点法条

第三十条 审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定；院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。

对侦查人员的回避作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查。

对驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人可以申请复议一次。

### 【关联法条】

#### 《六部委规定》

8. 刑事诉讼法第三十条和第三十一条规定，书记员、翻译人员和鉴定人员的回避，由人民法院院长决定。根据这一规定，上述人员的回避不能由审判长决定。

#### 《高法解释》

第二十四条 审判人员自行回避的，可以口头或者书面提出，并说明理由，由院长决定。

当事人和他们的法定代理人申请审判人员回避的，可以口头或者书面提出，由院长决定，并将决定告知申请人。

第二十五条 当事人和他们的法定代理人申请人民法院院长回避或者院长自行回避的，应当由审判委员会讨论决定，并将决定告知申请人。

审判委员会讨论院长回避问题时，由副院长主持，院长不得参加。

#### 第二十六条 (内容略)

第二十八条 被决定回避的人员对决定有异议的，可以在恢复庭审前申请复议一次；被驳回回避申请的当事人及其法定代理人对决定有异议的，可以当庭申请复议一次。

第二十九条 不属于刑事诉讼法第二十八条、第二十九条所列情形的回避申请，由法庭当庭驳回，并不得申请复议。

第三十条 当事人及其法定代理人对出庭的检察人员、书记员提出回避申请的，人民法院应当通知指派该检察人员出庭的人民检察院，由该院检察长或者检察委员会决定。

第三十二条 上述有关回避的规定，适用于法庭书记员、翻译人员和鉴定人。其回避问题由人民法院院长决定。

#### 《高检规则》

第二十六条 人民检察院作出驳回申请回避的决定后，应当告知当事人及其法定代理人如不服本决定，有权在收到驳回申请回避的决定书后五日内向原决定机关申请复议一次。

第二十七条 当事人及其法定代理人对驳回申请回避的决定不服申请复议的，决定机关应当在三日内作出复议决定并书面通知申请人。

第二十八条 人民检察院直接受理案件的侦查人员或者进行补充侦查的人员在回避决定作出前，不能停止对案件的侦查。

第三十条 因符合刑事诉讼法第二十八条或者第二十九条规定的情形之一而回避的检察人员，在回避决定作出以前所取得的证据和进行的诉讼行为是否有效，由检察委员会或者检察长根据案件具体情况决定。

## 法条精解

本部分规定的是回避的种类与决定权，以及对于不服回避决定的救济。

1. 回避的种类。回避的种类有三种：

(1) 自行回避。是指审判人员、检察人员、侦查人员等在诉讼过程中遇有法定回避情形时，主动要求





退出刑事诉讼活动。

(2) 申请回避。指案件当事人及其法定代理人认为审判人员、检察人员、侦查人员等具有法定回避情形，而向他们所在的机关提出申请，要求他们回避的。值得注意的是，申请回避的权利仅仅属于当事人及当事人的法定代理人。

(3) 决定回避。虽然《刑事诉讼法》没有规定决定回避，但是根据司法解释的规定，如果检察人员或者检察长存在应当回避的事由，但本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请回避的，应当由检察长或者检察委员会决定其回避。同样的，如果审判人员或人民法院院长，存在应当回避的事由，但本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，应当由院长或者审判委员会决定其回避。

2. 回避的决定权。根据被决定的人员不同，有权作出回避决定的机关不同。

(1) 公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。

(2) 公安侦查人员及其聘请或者指派的翻译人员和鉴定人的回避，由公安机关负责人决定。

(3) 对侦查人员的回避作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查。

(4) 人民检察院检察长的回避，由本院检察委员会决定。

(5) 人民检察院检察人员及检察院书记员、司法检察和人民检察院聘请或者指派的翻译人员和鉴定人的回避由检察长决定。

(6) 人民检察院直接受理案件的侦查人员或者进行补充侦查的人员在回避决定作出前，不能停止对案件的侦查。

(7) 当事人及其法定代理人在法庭上对出庭的侦查人员、检察院书记员提出回避申请的，人民法院应通知指派检察人员出庭的人民检察院，由该院检察长或者检察委员会决定。

(8) 因符合《刑事诉讼法》第28条或者第29条规定的情形之一而回避的检察人员，在回避决定作出以前所取得的证据和进行的诉讼行为是否有效，由检察委员会或者检察长根据案件具体情况决定。

(9) 人民法院院长的回避，由本院审判委员会决定。

(10) 人民法院审判人员及法庭书记员、翻译人员和鉴定人的回避，由人民法院院长决定。

特别需要注意的是书记员、鉴定人员、翻译人员的回避分别由法院院长、检察长、公安机关负责人决定，而非民事诉讼中由审判长决定。鉴定人、翻译人员谁聘请的，由谁决定其回避。

此外，还需要注意的是：

(1) 根据回避制度的立法宗旨，回避可以在诉讼程序开始后的任何阶段提出；

(2) 在案件的侦查、起诉阶段和审判阶段，公安机关、人民检察院以及人民法院负有告知当事人及其法定代理人有权申请有关人员回避的义务；

(3) 回避的决定一经作出，即发生法律效力，该公安司法机关应立即退出刑事诉讼活动，但是因为刑事侦查工作的紧迫性和特殊性，《刑事诉讼法》规定，对侦查人员的回避作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查。但是对于回避决定作出前所取得的证据和进行的诉讼行为是否有效，根据公安机关的有关规定和最高人民检察院司法解释的规定，对符合《刑事诉讼法》第28条和第29条规定的情形之一而回避的侦查人员、检察人员在回避决定作出前所取得的证据和进行的诉讼行为，由作出决定的公安机关负责人、检察长或者检察委员会根据案件具体情况作出决定。

3. 对于不服驳回回避决定的救济。

有关回避的决定一经作出，一般即具有法律效力，但对于驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人可以申请复议一次。人民检察院作出驳回申请回避的决定后，应当告知当事人及其法定代理人如不服本决定，有权在收到驳回申请回避的决定后5日内向原决定机关申请复议一次。当事人及其法定代理人对驳回申请回避的决定不服申请复议的，决定机关应当在3日内作出复议决定并书面通知申请人。

被决定回避的人员对决定有异议的，可以在恢复庭审前申请复议一次；被驳回回避申请的当事人及其法定代理人对决定有异议的，可以当庭申请复议一次。对于不属于《刑事诉讼法》第28和29条所列情形的回避的申请，由法庭当庭驳回，并不得申请复议。

### 真题示例

1. (2006-2-23) 聋哑被告人张某开庭审理前要求其懂哑语的妹妹担任他的辩护人和翻译。对于张某的要求，法院应当作出哪种决定？

A. 准予担任辩护人

B. 不准担任辩护人

C. 准予担任翻译人员

D. 既准予担任翻译人员，也准予担任辩护人

答案：A。

解析：本题考查翻译人员的回避。根据《刑事诉讼法》第32条之规定，被告人张某的妹妹可以担任张某的辩护人。另根据该法第28条和第31条的规定，翻译人员适用回避的规定，因此，张某的妹妹是被告人的近亲属，又担任本案的辩护人，所以不能担任张某的翻译。

2. (2008-2-25) 赵某涉嫌报复陷害罪被检察机关立案侦查，在侦查即将终结时，赵某得知负责办理该案的侦查人员蔡某是被害人的胞兄，遂申请其回避。检察长经审查作出了蔡某回避的决定。对于蔡某在侦查阶段收集的证据，下列哪一选项是正确的？

A. 应当排除，不得用作认定案件事实的根据

B. 由检察机关侦查部门负责人根据情况决定

C. 由检察委员会或者检察长根据案件具体情况决定

D. 在审判时，由人民法院根据案件具体情况作出裁判

答案：C。

解析：《高检规则》第30条规定，因符合《刑事诉讼法》第28条或者第29条规定的情形之一而回避的检察人员，在回避决定作出以前所取得的证据和进行的诉讼行为是否有效，由检察委员会或者检察长根据案件具体情况决定。由此，C的说法正确，为本题当选项。

3. (2006-2-24) 王某因涉嫌报复陷害罪被立案侦查后，发现负责该案的侦查人员刘某与自己是邻居，两家曾发生过纠纷，遂申请刘某回避。对于刘某的回避应当由谁决定？

A. 公安局局长

B. 检察院检察长

C. 法院院长

D. 检察委员会

答案：B。

解析：本题考查回避的决定权。该案涉及报复陷害罪，根据《最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》第2条第6项的规定，报复陷害罪依法应当由检察院立案侦查。《刑事诉讼法》第30条规定，审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定。本案中侦查人员刘某属人民检察院工作人员，因而应由检察院检察长决定其回避，选择B项。

4. (2007-2-34) 庭审过程中，被告人赵某指出，公诉人的书记员李某曾在侦查阶段担任鉴定人，并据此要求李某回避。对于赵某的回避申请，下列哪一选项是正确的？

A. 法庭应以不属于法定回避情形为由当庭驳回

B. 法庭应以符合法定回避情形为由当庭作出回避决定

C. 李某是否回避需提交法院院长决定

D. 李某是否回避需提交检察院检察长决定

答案：D。

解析：本题考查回避制度。根据《刑事诉讼法》第28条之规定，本题符合法定的回避情形，A项错误。又据《高法解释》第30条之规定可知，D项正确，B、C错误。

## 重点法条

第三十二条 犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托一至二人作为辩护人。下列的人可以被委托为辩护人：

(一) 律师；

(二) 人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；

(三) 犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。

正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人，不得担任辩护人。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第三十三条 人民法院审判案件过程中，应当充分保证被告人行使刑事诉讼法第三十二条规定的辩护权利。但下列人员不得被委托担任辩护人：

(一) 被宣告缓刑和刑罚尚未执行完毕的人；





- (二) 依法被剥夺、限制人身自由的人；
- (三) 无行为能力或者限制行为能力的人；
- (四) 人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员；
- (五) 本院的人民陪审员；
- (六) 与本案审理结果有利害关系的人；
- (七) 外国人或者无国籍人。

前款第(四)(五)(六)(七)项规定的人员，如果是被告人的近亲属或者监护人，由被告人委托担任辩护人的，人民法院可以准许。

第三十五条 一名被告人委托辩护人不得超过两人。在共同犯罪的案件中，一名辩护人不得为两名以上的同案被告人辩护。

### 法条精解

本部分规定的是辩护人的条件和资格。辩护人，是指接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或是人民法院的指定，帮助犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权，以维护其合法权益的人。对于第32条的理解，我们需要注意。在委托辩护下，辩护人的人数最多不超过两个人，但不排除犯罪嫌疑人、被告人有权更换辩护人。在共同犯罪案件中，由于犯罪嫌疑人、被告人之间存在着利害关系，所以，一名辩护人不得同时接受2名以上同案犯罪嫌疑人、被告人的委托，作为他们的共同的辩护人。辩护人在刑事诉讼中与犯罪嫌疑人、被告人一起共同承担辩护职能。

辩护人的范围。依据《刑事诉讼法》第32条的规定，我国辩护人的范围是：

#### 1. 可以担任辩护人的人：

(1) 律师。律师是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。虽然取得律师资格，但没有取得执业证书并经注册登记的，仍不得以律师身份担任辩护人。

《律师法》第13条规定：“国家机关的现职工作人员不得兼任职业律师。”“律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员期间，不得执业。”该法第36条规定：“曾担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后的2年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。”

外国人、无国籍的犯罪嫌疑人委托律师辩护的，只能委托中国律师作为辩护人。

(2) 人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人。近些年，我国律师队伍虽迅猛发展，但仍不能适应实践的需要，在此情况下，允许工会、妇联、共青团、学联等群众性团体以及犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的公民担任刑事案件的辩护人，对有效保护上述委托人的权益是十分有利的。

(3) 犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。未成年人的监护人是其父母，其父母已死亡或没有监护能力的，其祖父母、外祖父母、兄、姐或者关系密切的其他亲友可以依法作为监护人。对于精神病人，其配偶、父母、成年子女、其他近亲属或者关系密切的亲友可以作为监护人。至于亲友，是指犯罪嫌疑人、被告人的亲属以及与之有比较密切关系的朋友。律师、人民团体、被告人所在单位推荐的人以及被告人的监护人、亲友，被委托为辩护人的，人民法院应当核实其身份证明和辩护委托书。

2. 不能担任辩护人的人。根据《刑事诉讼法》第32条第2款和最高人民法院的司法解释，下列人员也不得被委托担任辩护人：

- (1) 无行为能力人或限制行为能力人；
- (2) 人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员；
- (3) 本院的人民陪审员；
- (4) 与本案处理结果有利害关系的人；
- (5) 外国人或者无国籍人；
- (6) 被宣告缓刑和刑罚尚未执行完毕的人；
- (7) 依法被剥夺、限制人身自由的人。

其中第(2)~(5)项规定的人员，如果是被告人的近亲属或者监护人，由被告人委托担任辩护人的，人民法院可以准许。

### 真题示例

1. (2009-2-23) 郭某涉嫌招摇撞骗罪。在检察机关审查起诉时，郭某希望委托辩护人。下列哪一人



员可以被委托担任郭某的辩护人？

- A. 郭某的爷爷，美籍华人
- B. 郭某的儿子，16岁
- C. 郭某的朋友甲，曾为郭某招摇撞骗伪造国家机关证件
- D. 郭某的朋友乙，司法行政部门负责人

答案：D。

**解析：**本题考查辩护人的范围。主要法条依据是《高法解释》第33条。A项中，《刑事诉讼法》中的“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。故郭某的爷爷不是郭某的近亲属，且不为中国公民，故不能被委托担任辩护人，A项错误。B项郭某16岁的儿子属于限制行为能力人，依法不能担任辩护人，B项错误。C项甲属于与本案审理结果有利害关系的人，不能担任辩护人，C项错误。D项乙是司法行政部门负责人，不属于人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员，可以担任辩护人，D项正确。

2.（四川2008-2-67）甲17岁时抢劫他人财物，3年后案发被公安机关立案侦查。同时被立案侦查的还有甲的朋友乙。经查，乙并未参与抢劫，因而乙的案件部分被撤销。关于此案的辩护，下列哪些说法是正确的？

- A. 甲未委托辩护人时，可以不为其指定辩护人
- B. 可以准许甲委托乙作为他的辩护人
- C. 可以准许甲委托他的一位正在检察院任检察员的堂兄作为辩护人
- D. 可以准许甲委托他的正在该法院任人民陪审员的姐姐作为辩护人

答案：ABD。（当年参考答案为BD）。

**解析：**本题是对辩护的考查。本案中，甲在犯罪时不满18周岁，因此不能适用死刑。而在审判的时候已经满了18周岁，不属于应当为其指定辩护人的范围。因此，可以不给甲指定辩护。根据《高法解释》第36条之规定，A项正确。根据《刑事诉讼法》第32条之规定，甲可以委托乙作为其辩护人，B项说法正确。C项中，甲的堂兄不属于他的近亲属范围，不得被委托作为辩护人。D项中，甲的姐姐是他的近亲属，可以作为甲的辩护人。

## 重点法条

**第三十三条** 公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人。自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。

人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理自诉案件之日起三日以内，应当告知被告人有权委托辩护人。

**第三十四条** 公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

**第三十九条** 在审判过程中，被告人可以拒绝辩护人继续为他辩护，也可以另行委托辩护人辩护。

**第九十六条第一款** 犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。

#### 《高法解释》

**第三十六条** 被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院应当为其指定辩护人：

- （一）盲、聋、哑人或者限制行为能力的人；
- （二）开庭审理时不满十八周岁的未成年人；
- （三）可能被判处死刑的人。





第三十七条 被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院可以为其指定辩护人：

- (一) 符合当地政府规定的经济困难标准的；
- (二) 本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的；
- (三) 本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护律师费用的；
- (四) 共同犯罪案件中，其他被告人已委托辩护人的；
- (五) 具有外国国籍的；
- (六) 案件有重大社会影响的；
- (七) 人民法院认为起诉意见和移送的案件证据材料可能影响正确定罪量刑的。

第三十八条 被告人坚持自己行使辩护权，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护的，人民法院应当准许，并记录在案；被告人具有本解释第三十六条规定情形之一，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护，有正当理由的，人民法院应当准许，但被告人需另行委托辩护人，或者人民法院应当为其另行指定辩护人。

第三十九条 人民法院指定的辩护人，应当是依法承担法律援助义务的律师。

#### 《六部委规定》

10. 依照刑事诉讼法第九十六条规定，在侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的，可以自己聘请，也可以由其亲属代为聘请。在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的，看守机关应当及时将其请求转达办理案件的有关侦查机关，侦查机关应当及时向其所委托的人员或者所在的律师事务所转达该项请求。犯罪嫌疑人仅有聘请律师的要求，但提不出具体对象的，侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。

11. 刑事诉讼法第九十六条规定，涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准。不能以侦查过程需要保密作为涉及国家秘密的案件不予批准。律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在四十八小时内安排会见，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在五日内安排会见。

### 法条精解

本条及相关法条规定的是司法机关应当依法保障犯罪嫌疑人、被告人获得辩护权利的要求。

#### 1. 委托辩护人

##### (1) 时间

- ① 公诉案件自案件移送审查起诉之日起可以委托辩护人。
- ② 自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。

##### (2) 检察院和法院的通知义务

- ① 人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。
- ② 人民法院自受理自诉案件之日起3日以内，应当告知被告人有权委托辩护人。

#### 2. 我国辩护制度中辩护的种类

(1) 自行辩护。自行辩护指犯罪嫌疑人、被告人针对指控进行反驳、申辩和辩解的行为。自行辩护是犯罪嫌疑人、被告人实现其辩护权的最基本的方式，它贯穿于刑事诉讼侦查、起诉和审判的任何阶段，尤其在侦查阶段，犯罪嫌疑人只能自行辩护。

(2) 委托辩护。指犯罪嫌疑人或者被告人为维护其合法权益，依法委托律师或者其他公民协助进行辩护。我国《刑事诉讼法》在赋予犯罪嫌疑人、被告人自行辩护权的同时，还赋予其可以委托辩护人帮助其进行辩护的权利。

(3) 指定辩护。指在刑事案件中的审判阶段，遇有法定情形时，人民法院指定辩护人为被告人进行辩护。我国刑事诉讼中的指定辩护只适用于刑事案件的审判阶段。人民法院指定的辩护人，只能是依法承担法律援助义务的律师。依据《刑事诉讼法》第34条的规定，我国的指定辩护适用于以下情形：①公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。②被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。③被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。此外，最高人民法院的司法解释对于指定辩护作了进一步的规定。根据规定，被告人具有下列情形之一而没有委托辩护人的，人民法院应当为其指定辩护人：①盲、聋、哑人或者限制行为能力人。②开庭审判时不满18周岁的。③可能被判处死刑的人。

该司法解释还规定，被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院可以为其指定辩护人：①符合当地政府规定的经济困难标准的。②本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的。③本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护律师费用的。④共同犯罪案件中，其他被告人已委托辩护人的。⑤具有外国国籍的。⑥案件有重大社会影响的。⑦人民法院认为起诉意见和移送的案件证据材料可能影响正确定罪量刑的。

注意，属于可以指定的，被告人可以自行辩护，无需辩护人。而对于应当指定的，则必须有辩护人参加案件审理。对于应当指定辩护人的，如果被告人拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护，有正当理由的，人民法院应当准许，但被告人需另行委托辩护人，或者人民法院应当为其另行指定辩护人。这一点是可以指定辩护人制度所没有的。

### 真题示例

1. (2008-2-26) 关于辩护，下列哪一选项是正确的？

- A. 被告人王某在犯罪时 17 周岁，在审判时已满 18 周岁，法院应当为其指定辩护人
- B. 被告人李某可能被判处死刑，在审判时法院为其指定辩护人。在法庭审理过程中，李某当庭拒绝指定的辩护人为其辩护，法院另行为其指定辩护人。在重新开庭审理后，李某再次拒绝法庭为其指定的辩护人，合议庭不予准许
- C. 法院为外籍被告人汤姆（25 周岁）指定了辩护人，在法庭审理过程中，汤姆拒绝法院为其指定的辩护人，提出自行委托辩护人，法庭准许后，汤姆自行委托了辩护人。再次开庭审理后，汤姆再次拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人，合议庭不予准许
- D. 被告人当庭拒绝辩护人为其辩护的，法庭应当允许，宣布延期审理。延期审理的期限为十日，准备辩护时间计入审限

答案：B。

解析：对于辩护的考查。根据《高法解释》第 36 条之规定，A 项中，王某审判时已满 18 周岁，不是法院应当为其指定辩护人的类型。所以 A 错误，不当选。又据《高法解释》第 38 条的规定，B 项说法正确，CD 的说法错误。本题正确答案是 B。

2. (四川 2008-2-31) 甲、乙涉嫌共同盗窃国家一级文物并致文物损毁，某中级法院受理案件后，甲委托其弟弟为辩护人，乙因经济困难没有委托辩护人。下列哪一选项是正确的？

- A. 法院应当为乙指定辩护
- B. 法院可以为乙指定辩护
- C. 法院应当指定乙的近亲属作为其辩护人
- D. 法院可以指定乙的近亲属作为其辩护人

答案：A。

解析：根据《刑法》第 264 条规定、《高法解释》第 9 条第 3 款的规定，本题中甲乙二人盗窃国家珍贵一级文物并毁损的行为属于可能判处无期徒刑或者死刑的行为，对此，根据《刑事诉讼法》第 34 条第 3 款的规定，被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。因此，本题的正确答案是 A。

3. (四川 2008-2-75) 律师提出会见下列哪些案件的犯罪嫌疑人，可以不在 48 小时以内安排会见？

- A. 王某和刘某、李某共同实施的重大复杂的贩卖毒品的犯罪
- B. 黄某实施的数额巨大的贪污案
- C. 崔某涉嫌参加黑社会性质组织案
- D. 张某、赵某实施的重大复杂的共同走私案

答案：ACD。

解析：特殊案件中犯罪嫌疑人权利的规定。根据《六部委规定》第 11 条的规定，本题中只有 B 项属于应当在 48 小时之内安排会见的情形，ACD 项都属于应当在 5 日内安排会见的情形，所以，本题的正确答案是 ACD。

### 重点法条

第三十六条 辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。其他辩护人经人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料，同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。



辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料，同在押的被告人会见和通信。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第三十五条 辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

第三十八条 辩护律师和其他辩护人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。

违反前款规定的，应当依法追究法律责任。

第九十六条第二款 受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。

#### 《高法解释》

第四十条 人民法院应当为辩护律师查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料提供方便，并保证必要的时间。其他辩护人经人民法院准许，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。但审判委员会和合议庭的讨论记录及有关其他案件的线索材料，辩护律师和其他辩护人不得查阅、摘抄、复制。

第四十一条 辩护律师可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院准许，也可以同在押的被告人会见和通信。

第四十五条 辩护律师直接申请人民法院收集、调取证据，人民法院认为辩护律师不宜或者不能向证人或者其他有关单位和个人收集、调取，并确有必要的，应当同意。

人民法院根据辩护律师的申请收集、调取证据时，申请人可以在场。

人民法院根据辩护律师的申请收集、调取的证据，应当及时复制移送申请人。

第五十一条 人民法院对律师、其他辩护人和诉讼代理人查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，只收取复制材料所必需的工本费用。

#### 《高检规则》

第三百一十九条 在审查起诉中，人民检察院应当允许被委托的辩护律师查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。

诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为立案、采取强制措施和侦查措施以及提请审查起诉而制作的程序性文书。

技术性鉴定材料包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等由有鉴定资格的人员对人身、物品及其他有关证据材料进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。

#### 《律师法》

第三十三条 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听。

第三十四条 受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。

### 法条精解

本法条及相关法条规定的是辩护人的权利，主要是阅卷权和与犯罪嫌疑人或被告人的会见、通信权。

1. 辩护人在刑事诉讼中依法享有以下权利：

(1) 自人民检察院对案件审查起诉之日起，辩护律师有权查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。其他辩护人经人民检察院许可，也享有以上权利。

(2) 自人民法院受理案件之日起，辩护律师有权查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院许可，也享有上述权利。

(3) 辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。





(4) 辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。

(5) 参加法庭调查与法庭辩论。

(6) 经被告人同意，辩护人可提出上诉。

(7) 有要求公安司法机关对被采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人解除强制措施的权利。

(8) 有拒绝辩护的权利。

(9) 依法执行辩护职务受国家法律保护，任何单位、个人不得非法干涉。

关于阅卷权和会见权。这两项权利的行使，律师和非律师辩护人有很大的区别。律师担任辩护人，独立、完整地享有阅卷权和会见权，不需要经过批准、许可即可阅卷、会见；而一般辩护人只有经过人民检察院的许可，才能够阅卷，才能够会见在押的犯罪嫌疑人。

关于阅卷权等的具体内容是：

(1) 审查起诉阶段的阅卷权，有两项内容组成。包括三种行为，一种是查阅，一种是摘抄，一种是复制。权利范围是查阅、摘抄和复制诉讼文书和技术性鉴定材料。

(2) 审判阶段辩护人能够看到本案所有的材料，包括全部证据材料。按照最高人民法院的解释，辩护律师不能接触的材料有二：①是法院审判委员会以及合议庭的讨论决定；②是有关其他案件的线索材料。但根据刑事诉讼法第150条的规定，人民检察院向法院提起公诉的时候，需要递交一份有明确指控犯罪事实的起诉书、证据目录、证人名单，以及主要证据的复印件或者是照片。那么这个证人名单、证据目录，不是证据本身。主要证据显然不是全部证据，复印件或者是照片显然指的不是原件。因此在一审特别是在一审开庭之前，辩护人实际上并不能够查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。审判阶段，特别是一审的辩护人看到案件材料，是极其有限的。

2. 辩护人的义务。辩护人主要有以下义务：

(1) 根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

(2) 不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。

《律师法》对辩护律师在执业活动中的义务有以下规定：

(1) 律师不得私自接受委托，私自向委托人收取费用和财物。

(2) 接受委托后，无正当理由，不得拒绝辩护。

(3) 应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。

(4) 律师在执业活动中，应当遵守有关规定，不得扰乱法庭秩序，干扰诉讼活动的正常进行。

(5) 不得违反规定会见法官、检察官，影响案件的公正进行。不得向法官、检察官请客送礼或者行贿，或者指使、诱导当事人行贿。

值得注意的是，辩护律师的三种行为有可能构成伪证罪。第一是辩护人毁灭、伪造证据，第二是帮助当事人毁灭、伪造证据，第三是威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证。

另外，需要特别指出的是，《刑事诉讼法》第36条规定的辩护律师的诉讼权利属于审查起诉和审判阶段，而不属于其第96条规定的侦查阶段的诉讼权利。考生要对这三个阶段律师的权利加以区分。

### 真题示例

(2008-1-88) 2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议对《律师法》进行了修订。根据修订后的《律师法》，下列哪些选项是错误的？

A. 受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料

B. 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听

C. 律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序、泄露商业秘密的言论除外

D. 律师是维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义的国家法律工作人员

答案：ACD。



**解析：**本题是对律师权利等的考查。根据《律师法》第34条的规定，A项说有权查阅、摘抄、复制所有材料，是错误的。法律只是给律师查阅、摘抄、复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料的权利，所以A项是错误的，应当选；根据第33条的规定B项是正确的，不应当选；据第37条第2款的规定，C项中多了一个“泄露商业秘密的言论”，因而是错误的，所以C也应当选。根据《律师法》第2条的规定，律师是法律工作人员，但不是国家法律工作人员，所以D也是错误的，应当选。

## 重点法条

第三十七条 辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。

辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。

### 【关联法条】

#### 《六部委规定》

15. 刑事诉讼法第三十七条规定：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。”对于辩护律师申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，人民检察院、人民法院认为需要调查取证的，应当由人民检察院、人民法院收集、调取证据，不应当向律师签发准许调查决定书，让律师收集、调取证据。

### 《高法解释》

第四十三条 辩护律师申请向被害人及其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料，人民法院认为确有必要的，应当准许，并签发准许调查书。

第四十四条 辩护律师向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料，因证人、有关单位和个人不同意，申请人民法院收集、调取，人民法院认为有必要的，应当同意。

### 《律师法》

第三十五条 受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。

律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

## 法条精解

本条及相关法条主要规定了辩护律师收集有关证据材料的诉讼权利。

1. 权利主体。应当注意的是，本条与上一条即《刑事诉讼法》第36条的规定不同，本条规定的诉讼权利主体仅限于辩护律师，非律师身份的其他辩护人不享有本条规定的权利。

2. 权利的行使。

(1) 向一般证人或者其他有关单位和个人收集与本案有关的材料，只需行为对象即该证人或者该单位和个人同意即可。如果证人或者其他有关单位和个人不同意的，辩护律师有权申请人民法院收集、调取。

(2) 向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料的，不仅仅要求需要行为对象即该被害人或者其近亲属、被害人提供的证人的同意，而且还需要经人民检察院或者人民法院的许可。对于辩护律师的这种申请，人民法院认为有必要而准许的，应当签发准许调查书。

(3) 根据《六部委规定》第15条之规定，对于辩护律师申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，人民检察院、人民法院认为需要调查取证的，应当由人民检察院、人民法院收集、调取证据，不应当向律师签发准许调查决定书，让律师收集、调取证据。

## 真题示例

(2004-2-30) 在某县人民法院审理某甲抢劫案时，甲的辩护律师认为，侦查机关在侦查过程中收集的证明被告人罪轻的证据材料需要在法庭上出示。在此情况下，律师可以进行什么诉讼活动？

- A. 申请人民法院向人民检察院调取该证据材料，并可以到人民法院查阅、摘抄、复制该证据材料
- B. 申请人民法院向人民检察院调取该证据材料，但不得到人民法院查阅、摘抄、复制该证据材料



C. 申请人民检察院调取该证据材料

D. 申请公安机关提供该证据材料

答案：A。

**解析：**本题考查的是辩护律师的权利。对于律师的调查取证权包含三个方面，其中第三方面就是指当律师调查取证有困难时，可以申请人民法院、人民检察院代为调查取证，人民法院、人民检察院同意调查取证的应当亲自进行，不能委托律师进行。辩护人律师在审查起诉阶段之后就拥有了阅卷权，有权到法院、检察院查阅、摘抄、复制案卷材料，而不需要经过法院、检察院的同意。所以，本题答案应选A，辩护律师可以申请人民法院向人民检察院调取该证据材料，并可以到人民法院查阅、摘抄、复制该证据材料。

### 重点法条

第三十四条 律师、人民团体、被告人所在单位推荐的公民以及被告人的监护人、亲友，被委托为辩护人的，人民法院应当核实其身份证明和辩护委托书。

#### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第四十二条 人民法院受理自诉案件后三日内，应当告知被告人有权委托辩护人；同时应当告知自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

第四十六条 辩护律师根据本解释第四十三条、第四十四条、第四十五条第一款规定提出的申请，应当以书面形式提出，并说明申请的理由，列出需要调查问题的提纲。

### 法条精解

本条及相关法条规定的是辩护人行使其权利的具体方式。辩护人以委托辩护形式为被告人进行辩护的，必须要有辩护委托书。辩护律师向人民法院因向被害人及其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料、向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料而证人、有关单位和个人不同意，因而申请人民法院收集、调取的，或者直接申请人民法院收集、调取证据的，必须以书面形式提出申请，并说明理由。

### 重点法条

第四十条 公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。

人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起三日以内，应当告知自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第四十一条 委托诉讼代理人，参照本法第三十二条的规定执行。

#### 《高法解释》

第四十七条 当事人委托诉讼代理人应当参照刑事诉讼法第三十二条和本解释第三十三条的规定执行。

第四十八条 诉讼代理人的责任是根据事实和法律，维护被害人、自诉人或者附带民事诉讼当事人的合法权益。

第四十九条 律师担任诉讼代理人，可以查阅、摘抄、复制与本案有关的材料，了解案情。其他诉讼代理人经人民法院准许，也可以查阅、摘抄、复制本案有关材料，了解案情。需要收集、调取与本案有关的材料的，可以参照本解释第四十四条、第四十五条的规定执行。

第五十条 诉讼代理人应当向人民法院提交由被代理人签名或者盖章的委托书；如果被代理人是附带民事诉讼当事人的，诉讼代理人应当向人民法院提交由被代理人签名或者盖章的授权委托书。



本部分是刑事诉讼中的代理制度。刑事诉讼代理，是指在刑事诉讼或刑事附带民事诉讼中，代理人，包括代理律师，在法律规定或授权范围内以被代理人的名义为意思表示或接受意思表示，其法律后果由被代理人承担的诉讼行为。诉讼代理人，是指公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人和附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人。

由于代理权限产生的根据不同，在刑事诉讼中代理分为法定代理和委托代理两种。法定代理是基于法律规定而产生的代理；委托代理是基于被代理人的委托授权行为而产生的代理。两种诉讼代理，其代理的范围、权利和义务均不相同。但他们作为代理人的共同点是必须在代理权限范围内进行代理活动；代理人在代理权限内的诉讼行为和法律行为与委托人自己的诉讼行为和法律行为具有的同等的法律效力，其法律后果由被代理人承担。

刑事诉讼中的代理人，是以被代理的名义参加诉讼的，其必须根据被代理人的意志，在受委托的权限内维护委托人的合法权益。代理人超过受委托的权限进行诉讼活动的法律后果，被代理人不予承担（被代理人追认的除外）。

依据《律师法》第29条的规定，律师接受委托后，无正当理由的不得拒绝代理，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动，或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝代理。

1. 公诉案件被害人的代理。公诉案件被害人的代理，是指律师或者其他公民接受公诉案件被害人及其法定代理人或者近亲属的委托，担任被害人的代理人参加诉讼的活动。关于公诉案件被害人的代理，需要了解的知识有：

(1) 公诉案件被害人委托代理人，可以由被害人本人委托，也可以由他的近亲属或法定代理人委托。

(2) 被害人法定代理或近亲属委托的代理人是被害人的诉讼代理人，依法维护被害人的合法权益。

(3) 案件移送审查起诉后，被害人才有权委托诉讼代理人。

(4) 被害人的代理人在刑事诉讼中的权利主要有：① 代理委托人向司法机关控告犯罪。② 向人民检察院反映被害人关于处理案件的意见和惩罚犯罪人的要求。③ 人民检察院作出不起诉决定的，如果被害人不服，其诉讼代理人可代其向人民检察院提出申诉，也可经授权代其向人民法院提起自诉。④ 在法庭审理阶段，诉讼代理人与辩护人享有基本相同的权利。⑤ 被害人不服地方各级人民法院的一审判决，其诉讼代理人经其同意可代其向人民检察院提出抗诉请求。⑥ 代被害人提起附带民事诉讼。

2. 自诉案件中的代理和反诉案件中代理。依据我国刑事诉讼法的规定，律师、自诉人所在单位推荐的人、自诉人和监护人、亲友等，都可以充当代理人，但正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人，不能担任诉讼代理人。

在自诉案件中，自诉人的代理人的诉讼地位有其特殊性。自诉案件中，自诉人是一方当事人，在诉讼中行使控诉职能，但当被告人对其提起反诉后，自诉人同时成为被告人，享有辩护权。与此同时，自诉人委托的代理人也可以接受被告人（自诉人）的委托作他的辩护人，这样代理人又具有了行使辩护职能的地位，事实上一身二任。同样，自诉案件被告人提起反诉，他就同时成为自诉人，原来委托的辩护人也可以成为其代理人，使其一身二任。

律师担任自诉人的代理人时，要做好以下工作：

(1) 办理委托手续。

(2) 代写诉状，即代自诉人写自诉状。

(3) 进行某些调查工作。

(4) 开庭前与委托人就某些事项交换意见。

(5) 确定代理意见，撰写代理词。

(6) 出庭支持控告。

反诉案件代理的一个重要特点就是反诉案件的代理人一般都具有双重身份，既是被告的辩护人，又是反诉的诉讼代理人。

3. 附带民事诉讼当事人的代理。律师在附带民事诉讼代理中，应当注意以下几个问题：

(1) 要平等保护双方当事人的合法权益，不能为了自己当事人的利益，而完全置对方当事人的合法权益于不顾。要尽量使赔偿合情合理。





(2) 担任附带民事诉讼原告人代理人的律师，既要注意追究被告人的民事责任，要求其依法予以赔偿，又要注意追究被告人的刑事责任，使其受到应有的刑罚处罚。

4. 申诉案件中的代理。当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉。律师有权接受委托人委托代为申诉。

### 真题示例

1. (2009-2-67) 关于刑事诉讼法定代理人与诉讼代理人的区别，下列哪些选项是正确的？

- A. 法定代理人基于法律规定或法定程序产生，诉讼代理人基于被代理人委托产生
- B. 法定代理人的权利源于法律授权，诉讼代理人的权利源于委托协议授权
- C. 法定代理人可以违背被代理人的意志进行诉讼活动，诉讼代理人的代理活动不得违背被代理人的意志
- D. 法定代理人可以代替被代理人陈述案情，诉讼代理人不能代替被代理人陈述案情

答案：ABC。

解析：本题考查刑事诉讼法定代理人与诉讼代理人的区别。诉讼代理人参与刑事诉讼是基于被代理人的委托，在双方签订的委托协议授权范围内进行代理，而不是依据法律的规定。诉讼代理人只能在被代理人授权范围内进行诉讼活动，既不得超越代理范围，也不能违背被代理人的意志。而法定代理人具有独立的法律地位，不受被代理人意志的约束，在行使代理权限时无须经过被代理人同意，故 ABC 说法正确。法定代理人享有广泛的与被代理人相同的诉讼权利，但法定代理人不能代替被代理人作陈述，也不能代替被代理人承担与人身自由相关联的义务，如服刑等，故 D 项错误。

2. (2008-2-27) 根据《刑事诉讼法》的规定，下列何人有权委托诉讼代理人？

- A. 涉嫌强奸罪被告人的父亲
- B. 抢劫案被害人的胞妹
- C. 伤害案中附带民事被告人的胞弟
- D. 虐待案自诉人的胞妹

答案：B。

解析：本题考查有关诉讼代理人的规定。根据《刑事诉讼法》第 40 条、第 82 条的规定，B 中抢劫案被害人的胞妹是其近亲属，因此有权委托诉讼代理人。A、C、D 选项中的近亲属都无权委托诉讼代理人。

3. (四川 2008-2-71) 在刑事诉讼中，下列哪些诉讼参与人可以由他人代理实施诉讼行为？

- A. 附带民事诉讼当事人的近亲属
- B. 被害人
- C. 自诉人
- D. 证人

答案：BC。

解析：《刑事诉讼法》第 40 条第 1 款规定，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。因此，本题正确答案是 BC。

### 重点法条

第四十二条 证明案件真实情况的一切事实，都是证据。

证据有下列七种：

- (一) 物证、书证；
- (二) 证人证言；
- (三) 被害人陈述；
- (四) 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；
- (五) 鉴定结论；
- (六) 勘验、检查笔录；
- (七) 视听资料。

以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

【关联法条】

《高法解释》

第五十三条 收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或者复制件。





收集、调取的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当返还被害人时，才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。

书证的副本、复制件，物证的照片、录像，只有经与原件、原物核实无误或者经鉴定证明真实的，才具有与原件、原物同等的证明力。

制作书证的副本、复制件，拍摄物证的照片、录像以及对有关证据录音时，制作人不得少于二人。提供证据的副本、复制件及照片、音像制品应当附有关于制作过程的文字说明及原件、原物存放何处的说明，并由制作人签名或者盖章。

## 法条精解

本部分是对证据及证据种类的规定。

1. 证据的概念和特征。证据，是司法机关依法收集和查对核实的、对证明案件真实情况有意义的事实。证据有三个基本特征：

(1) 客观性。是指任何证据都必须是对案件事实的反映，而不是对案件事实的分析、判断或者推测。

(2) 相关性。是指证据都必须同案件事实有关联，对证明刑事案件事实有实际意义。所以，我们所说的品格证据，类似事件等都因其不具有关联性，不能作为证据。

(3) 合法性。这是证据最重要的一个特征。具体表现为：① 证据必须是依法收集的。② 证据必须具备合法的形式、具有合法的来源。③ 证据必须经法定程序出示，一切证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

2. 刑事证据的种类。根据刑事诉讼法的规定，我国证据的种类一共有七类，在司法考试上值得关注的有以下几类：

(1) 物证和书证。物证是指以其外部特征、存在场所和物质属性证明案件事实的实物和痕迹。物证包括实物和痕迹两类。书证是指以文字、符号、图画等记载的内容和表达的思想来证明案件事实的书面文件和其他物品。书证必须同时具备两个条件：① 书证必须是以文字、符号、图画等记载或者表达了人的一定思想的物品，而且其所记载或表达的思想内容能够为人们认知和理解，可借以发现信息；② 该项材料所记载的内容或者所表达的思想，必须与待证明的刑事案件事实有关联，能够借以证明案件事实。

书证和物证的区别，关键是看其是以何种方式证明案件的。如果是以记载的内容和表达的思想起证明作用的，属于书证。如果是以外部特征、存在场所和物质属性起证明作用的，属于物证。既能够以记载内容证明案件事实，又能以外部形态证明案件事实的物品，既是书证又是物证。

(2) 证人证言。证人证言的特点包括以下几方面：① 它只是证人对案件有关情况的客观阐述，而不是推测或分析意见；② 证人是犯罪嫌疑人、被告人、被害人以外的人，所以，较犯罪嫌疑人、被告人、被害人的证词更客观；③ 证人证言是证人对感知或传闻情况的反映，所以，可能受到证人的主观因素和客观条件的影响；④ 证人证言的来源和证明的问题范围十分广泛，是刑事诉讼中最常见的一种证据。

此外，值得注意的是，公检法三机关都负有保护证人的义务，但是证人无权要求自己的姓名在整个刑事诉讼过程中保密。

(3) 鉴定结论。指受公安司法机关指派或者聘请的鉴定人，对案件中的专门性问题进行鉴定后所作出的书面结论。鉴定结论只涉及案件中的专门性问题，不能对案件中的法律问题和普通事实作出结论。

值得注意的是，用作证据的鉴定结论应当告知当事人，当事人有权提出重新鉴定和补充鉴定的要求。鉴定结论必须当庭宣读，鉴定人应当出庭对鉴定的过程、内容和结论作出说明，并接受质证。在刑事诉讼中，对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定、对精神病的医学鉴定以及保外就医需要有省级人民政府指定的医院进行，仅此三处。请予以注意。

(4) 视听资料。视听资料有以下特点：① 视听资料的形成、储存和再现，具有高度的准确性和逼真性；② 具有各种言词证据都不具备的直感性，可以将与案件有关的形象和音响，甚至案件发生的实际状况直观地再现在人们面前；③ 视听资料具有客观性强、能动态连续地再现案情、信息量丰富等优点。

3. 刑事证据的理论分类。虽然我国《刑事诉讼法》及相关法律和司法解释仅规定了证据的种类，而未对证据进行分类，但是司法考试中证据的分类却是一个常考点。在理论上，根据不同的标准，刑事证据可作以下分类。

(1) 原始证据与传来证据。直接来源于案件事实的证据材料，也称第一手材料，叫原始证据；不是直接来源于案件事实的证据材料，而是来源于第二手或第三手以上的事实材料，叫传来证据。原始证据材料

的证明价值大于传来证据材料的价值，在诉讼过程中要尽可能用原始证据，在原始证据无法获得的情况下，也要尽可能使用原始证据最直接的传来证据。

(2) 有罪证据与无罪证据。可以证明犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪行为以及可以证明犯罪行为情节轻重的证据，是有罪证据；可以证明犯罪事实不存在，或否定犯罪嫌疑人、被告人是犯罪行为实施者的证据，是无罪证据。

(3) 言词证据与实物证据。通过陈述，即以言词作为证据表现形式的证据，是言词证据，包括证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人的供述与辩解、鉴定结论。以物品的性质或外部形态、存在状况以及内容表现证据价值的证据，则是实物证据，包括物证、书证、勘验、检查笔录等。对于视听资料的类别，我们要根据案发时的具体情形来分析，不能一概而论。

(4) 直接证据与间接证据。这是根据证据对案件主要事实的证明关系所作的划分，主要事实是指犯罪嫌疑人、被告人是否实施了犯罪行为。凡是具有独立证明案件事实的证据就是直接证据，不需要推理就能得出犯罪嫌疑人是谁的信息。凡是必须结合其他证据才能证明案件主要事实的证据，属于间接证据。通过间接证据，我们不能直接得出犯罪嫌疑人是谁的信息。

### 真题示例

1. (2008-2-30) 某银行被盗，侦查机关将沈某确定为犯罪嫌疑人。在进行警犬辨认时，一“功勋警犬”在发案银行四处闻了闻后，猛地扑向沈某。随后，侦查人员又对沈某进行心理测试，测试结论显示，只要犯罪嫌疑人说没偷，测谎仪就显示其撒谎。关于可否作为认定案件事实的根据，下列哪一选项是正确的？

- A. 警犬辨认和心理测试结论均可以
- B. 警犬辨认可以，心理测试结论不可以
- C. 警犬辨认不可以，心理测试结论可以
- D. 警犬辨认和心理测试结论均不可以

答案：D。

解析：本题考查证据的种类等。根据《刑事诉讼法》第42条第2款的规定及《高法解释》第58条第1款的规定可知，警犬辨认和心理测试都不是法律规定的证据的种类，而且该证据没有经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，因此不能作为定案的根据。D项是正确答案。

2. (2008-2-35) 甲致乙重伤，收集到下列证据，其中既属于直接证据，又属于原始证据的是哪一项？

- A. 有被害人血迹的匕首
- B. 证人看到甲身上有血迹，从现场走出的证言
- C. 匕首上留下的指印与甲的指纹同一的鉴定结论
- D. 乙对甲伤害自己过程的陈述

答案：D。

解析：本题考查直接证据与间接证据的区别。A属于原始证据，间接证据；B属于原始证据、间接证据；C属于原始证据、间接证据；只有D才属于直接证据、原始证据。

3. (四川2008-2-22) 公安机关在一盗窃案现场收集到犯罪嫌疑人张某书写的一张字条，收缴了被盗电视剧录像带、DVD光盘、书籍等，被盗超市提供了被盗物品清单。下列哪一选项是正确的？

- A. 该字条是书证
- B. 电视剧录像带和DVD光盘是物证
- C. 收缴的被盗书籍是书证
- D. 被盗物品清单属于证人证言

答案：B。

解析：本题考查物证与书证的区别。本题中，关于字条，因为没有明确说明以其记载的内容和反映的思想来证明案件真实情况，因此不能笼统的认为是书证，如果是以字条上的笔迹来证明案件真实情况的话，则字条本身就是物证，而不是书证。因此，A项说法错误。被盗的电视剧录像带、DVD光盘、书籍是以其外在特征来证明盗窃事实的，是物证。因此，B项说法正确，C项说法错误。被盗的物品清单是以其记载的内容（盗窃了多少东西）来证明盗窃事实的，所以是书证，而不是证人证言。因此，D项说法错误。

4. (2008-2-74) 下列哪些选项属于实物证据？

- A. 杀人案中现场勘验笔录
- B. 贪污案中证明贪污数额的账册
- C. 强奸案中证明被害人精神状态的鉴定结论
- D. 伤害案中证明伤害发生过程情况的监控录像

答案：ABD。

解析：本题考查实物证据与言词证据的区别。应当注意的是，鉴定结论也是言词证据，由此本题属于实物证据的是勘验笔录、账册、监控录像。C中的鉴定结论不是实物证据，而是言词证据，不当选。本题



正确答案是 ABD。

5. (四川 2008 - 2 - 66) 公安机关向与犯罪嫌疑人习某住同一单元的黄某了解情况时, 黄某述称一次醉酒后, 习某曾讲出自己因疏忽而导致董某死亡的事实。关于黄某的陈述, 下列哪些选项是正确的?

- A. 间接证据
- B. 传来证据
- C. 言词证据
- D. 有罪证据

答案: BCD。

解析: 本题考查直接证据与间接证据。本案中, 黄某的证人证言能直接证明案件主要事实, 是直接证据。因此, A 项错误。黄某提供的证据来源于习某的叙说, 是传来证据。因此, B 项正确。黄某提供的证据来源属于黄某的陈述, 是言词证据。因此, C 项正确。黄某提供的证言能够证明犯罪事实存在且犯罪行为系犯罪嫌疑人所为, 是有罪证据。因此, D 项正确。综上, 本题的正确答案是 BCD。

## 重点法条

第四十三条 审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序, 收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民, 有客观地充分地提供证据的条件, 除特殊情况外, 并且可以吸收他们协助调查。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第四十四条 公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书, 必须忠实于事实真象。故意隐瞒事实真相的, 应当追究责任。

第四十六条 对一切案件的判处都要重证据, 重调查研究, 不轻信口供。只有被告人供述, 没有其他证据的, 不能认定被告人有罪和处以刑罚; 没有被告人供述, 证据充分确实的, 可以认定被告人有罪和处以刑罚。

#### 《高法解释》

第六十一条 严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述, 不能作为定案的根据。

## 法条精解

以上法条规定了收集证据的几个原则。

1. 全面收集。公检法机关全面收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。

2. 重证据, 重调查研究, 不轻信口供。被告人供述既不是定罪处罚的充分条件, 也不是定罪处罚的必要条件。

3. 非法言词证据的排除规则。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言, 不能作为指控犯罪的根据。人民检察院审查起诉部门在审查起诉中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的, 应当提出纠正意见, 同时应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证, 必要时人民检察院也可以自行调取证据。经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述, 不能作为定案的根据。需要注意的是, 我国刑事诉讼法只排除言词证据, 即证人证言、被害人陈述、被告人供述。违法手段仅限于刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等。

## 真题示例

1. (2009 - 2 - 70) 关于刑事诉讼中的证明责任, 下列哪些选项是正确的?

- A. 总是与一定的积极诉讼主张相联系, 否认一方不负证明责任
- B. 总是与一定的不利诉讼后果相联系, 受到不利裁判的不一定承担证明责任
- C. 是提出证据责任与说服责任的统一, 提出证据并非完全履行了证明责任
- D. 是专属于控诉方独自承担的责任, 具有一定的责任排他性

答案: ABC。

解析: 本题考查刑事诉讼中的证明责任。根据证明责任的特点可知, ABC 项正确。从整体上看, 刑事





诉讼中的证明责任是一个专属于控诉方的概念。但是，在少数法律推定其有罪的特定案件，如巨额财产来源不明案件及非法持有属于国家绝密、机密文件、资料、物品罪中，犯罪嫌疑人、被告人也负有提出证据的责任。故 D 项错误。

2. (2009-2-71) 关于吴某涉嫌故意泄露国家秘密罪，下列哪些选项属于需要运用证据加以证明的事实？

- A. 吴某是否为国家机关工作人员
- B. 是否存在为吴某所实施的被指控事实
- C. 被指控事实是否情节严重
- D. 是否具有法定或酌定从重、从轻、减轻及免除处罚的情节

答案：ABC。

解析：本题考查需要运用证据证明的案件事实。根据《高法解释》第 52 条、《刑法》第 398 条的规定，本题中吴某是否为国家机关工作人员需加以证明，A 项正确。BC 两项也需运用证据加以证明。根据本题题干，证明的相关事实是围绕吴某是否涉嫌故意泄露国家秘密罪这个中心，而 D 项主要是关于定罪量刑需要证明的内容，故 D 不符合题意。

3. (2008-2-32) 下列案件能够作出有罪认定的是哪一选项？

- A. 甲供认自己强奸了乙，乙否认，该案没有其他证据
- B. 甲指认乙强奸了自己，乙坚决否认，该案没有其他证据
- C. 某单位资金 30 万元去向不明，会计说局长用了，局长说会计用了，该案没有其他证据
- D. 甲乙二人没有通谋，各自埋伏，几乎同时向丙开枪，后查明丙身中一弹，甲乙对各自犯罪行为供认不讳，但收集到的证据无法查明这一枪到底是谁打中的

答案：D。

解析：根据《刑事诉讼法》第 46 条的规定，本题中 A、B、C 三个选项的说法都是错误的，D 项中，甲乙对犯罪事实供认不讳，同时也查明丙身中一弹的事实，因此，甲乙的行为可以认定为构成犯罪，而“收集到的证据无法查明这一枪到底是谁打中的”情况属于关于犯罪是否构成既遂问题的认定，而不再是是否构成犯罪的问题的认定了，因此 D 项符合题意，应选。

## 重点法条

### 《高法解释》

第五十二条 需要运用证据证明的案件事实包括：

- (一) 被告人的身份；
- (二) 被指控的犯罪行为是否存在；
- (三) 被指控的行为是否为被告人所实施；
- (四) 被告人有无罪过，行为的动机、目的；
- (五) 实施行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节；
- (六) 被告人的责任以及与其他同案人的关系；
- (七) 被告人的行为是否构成犯罪，有无法定或者酌定从重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节；
- (八) 其他与定罪量刑有关的事实。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第五十八条 证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案的根据。

对于出庭作证的证人，必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人等双方询问、质证，其证言经过审查确实的，才能作为定案的根据；未出庭证人的证言宣读后经当庭查证属实的，可以作为定案的根据。

法庭查明证人有意图伪证或者隐匿罪证时，应当依法处理。

### 《高检规则》

第三百三十四条 在法庭审理中，下列事实不必提出证据进行证明：

- (一) 为一般人共同知晓的常识性事实；
- (二) 人民法院生效裁判所确认的并且未依审判监督程序重新审理的事实；



- (三) 法律、法规的内容以及适用等属于审判人员履行职务所应当知晓的事实;
- (四) 在法庭审理中不存在异议的程序事实;
- (五) 法律规定的推定事实。

## 法条精解

以上法条是关于证明对象的规定。证明对象是指需要用证据加以证明的与此刑事案件有关的各种问题,既包括需要证明的刑事案件的主要事实,也包括需要证明的与刑事案件有关的其他事实。刑事诉讼证明对象包括实体法事实和程序法事实两方面的内容:

### 1. 实体法事实。实体法事实具体包括:

(1) 有关犯罪构成要件的事实。主要有:① 犯罪事实是否发生;② 犯罪是否为犯罪嫌疑人、被告人所为;③ 犯罪行为的实施过程,包括犯罪的时间、地点、手段、方法等;④ 犯罪造成的危害后果,包括危害后果与犯罪行为之间有无因果关系;⑤ 被告人是否达到刑事责任年龄、有无刑事责任能力;⑥ 被告人犯罪的主观罪过,包括故意和过失,以及犯罪的动机和目的;⑦ 应否追究刑事责任。

(2) 作为从重、从轻、减轻、免除刑事处罚理由的事实。

(3) 犯罪嫌疑人、被告人的个人情况和犯罪后的表现。

2. 程序法事实。需要查明的程序事实主要包括:关于回避的事实;关于耽误诉讼期限是否有不能抗拒的原因和其他正当理由的事实;影响采取某种强制措施的事实;违反法定程序的事实;等等。此外,有关诉讼参与人个人情况的事实也需要证明。

### 3. 不属于证明对象的范围:

(1) 为一般人共同知晓的常识性事实。

(2) 人民法院生效裁判所确认的并且未依审判监督程序重新审理的事实。

(3) 法律、法规的内容以及适用等属于审判人员履行职务所应当知晓的事实。

(4) 在法庭审理中不存在异议的程序事实。

(5) 法律规定的推定事实。

## 真题示例

(2008-2-69) 石某杀人后弃尸河中。在法庭审理中,对下列哪些事实不必提出证据证明?

- A. 被弃尸的河流从案发村镇穿过的事实
- B. 刑法关于杀人罪的法律规定
- C. 检察机关和石某都没有异议的案件基本事实
- D. 石某的精神状态

答案:AB。

解析:本题考查不需要证据证明的事实。根据《高检规则》第334条的规定,本题中,A项中的“被弃尸的河流从案发村镇穿过的事实”属于一般人共同知晓的常识性事实,不必举证,A项当选;B项属于法律的内容,不必举证,B项当选;C是案件基本事实,D是石某的精神状态,这两项中的内容均不属于法律规定的免证事实,因此C、D不当选。本题正确答案是AB。

## 重点法条

第四十五条 人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。

对于涉及国家秘密的证据,应当保密。

凡是伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据的,无论属于何方,必须受法律追究。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第五十四条 人民法院依法向有关单位和个人收集、调取、调查、核实证据,认为必要时,可以通知检察人员、辩护人到场。

人民法院向有关单位收集、调取的书面证据材料,必须由提供人署名,并加盖单位印章;人民法院向个人收集、调取的书面证据材料,必须由本人确认无误后签名或者盖章。



刑事诉讼中的证明责任。证明责任，是指司法机关或者当事人收集或者提供证据，并运用证据证明其主张的案件事实成立或者有利于自己的责任，不履行这种责任，将承担其主张不能成立的风险。证明责任所要解决的本质问题是，诉讼中出现的案件事实应当由谁提供证据加以证明，以及在诉讼结束时，如果案件事实仍处于真伪不明的状态，应当由谁来承担败诉或者不利的诉讼后果。相对于民事诉讼来说，刑事诉讼中证明责任的分配较为简单。

#### 1. 公诉案件的证明责任

在公诉案件中，证明责任由公安机关、检察机关承担。人民检察院、公安机关在刑事诉讼中承担着追诉职能，对被追诉人有罪的诉讼主张负有证明责任。因此，人民检察院对移送案件审查后，如果认为事实不清、证据不足，可以退回公安机关补充侦查，或作出不起诉处理。在审判阶段，对于证据不足，不能认定被告人有罪的案件，人民法院应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

#### 2. 自诉案件的证明责任

自诉案件的证明责任由自诉人承担。自诉案件的被告人提出反诉的，对于其反诉主张，被告人又具有自诉人的诉讼角色，负有相应的证明责任。

在自诉案件中，经人民法院审查缺乏罪证的，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉；自诉人经说服撤回起诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院应当受理。根据司法解释，人民法院受理自诉案件后，对于当事人因客观原因不能取得并提供有关证据而申请人民法院调取证据，人民法院认为必要的，可以依法调取。

#### 3. 犯罪嫌疑人、被告人不负证明责任

无论在公诉案件还是在自诉案件中，犯罪嫌疑人、被告人都不承担证明责任。不能因为犯罪嫌疑人、被告人不能证明自己无罪便据此得出犯罪嫌疑人、被告人有罪的结论。尽管如此，法律没有赋予被追诉人沉默权，对于侦查人员的提问，犯罪嫌疑人应当如实回答（与本案无关的，可以拒绝回答）。

作为犯罪嫌疑人、被告人不负举证责任的例外，是巨额财产来源不明的案件。对于此类案件，首先承担证明责任的仍是检察机关，当检察机关收集到足够证据证明某国家工作人员的财产和支出明显超出合法收入且差额巨大时，举证责任转移到犯罪嫌疑人身上，即必须说明差额部分的来源是合法的，如果不能说明，差额部分以非法所得论。

#### 4. 人民法院不负证明责任。

### 真题示例

（四川 2008-2-37）甲以乙诽谤自己向法院提起自诉，法庭审理中，甲、乙都向法庭申请调取新的证据。根据乙的申请，法院依法向证人丙调取了证据。下列哪一主体在该案中负有提出证据证明案件事实的责任？

A. 甲

B. 乙

C. 丙

D. 法院

答案：A。

解析：公诉案件中，人民检察院有证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的责任；自诉案件中，自诉人应当对其控诉承担证明责任，因此，A 项正确。

### 重点法条

第四十七条 证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候，应当依法处理。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第四十八条 凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。

生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。

第四十九条 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。

对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑



事处罚的，依法给予治安管理处罚。

## 《高法解释》

第五十七条 对于证人能否辨别是非，能否正确表达，必要时可以进行审查或者鉴定。

### 法条精解

以上是关于证人证言的规定，以及对证人作证的相关规定。

1. 证人证言必须查实后才能作为定案的依据，因此必须符合两点：

(1) 必须要经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方的讯问、质证。

(2) 要听取各方（提供）的证人证言。证人原则上都应当出庭作证，对于未出庭证人的证言，必须经过宣读后并经当庭证实的才能作为定案的依据。

2. 对于证人的条件，《刑事诉讼法》第48条明确规定，凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。但生理上、精神上有缺陷或者年幼、不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作为证人。除此之外，对于证人的条件，没有其他任何限制，这一点显然不同于辩护人、诉讼代理人等诉讼参与人。

3. 对证人安全的保护：

(1) 对象：证人及其近亲属的安全。

(2) 保护的义务主体：公、检、法三机关。

(3) 在侦查期间为证人保守秘密，但证人无权要求自己的姓名在整个刑事诉讼过程中保密。

### 真题示例

1. (2009-2-24) 张某、李某共同抢劫被抓获。张某下列哪一陈述属于证人证言？

A. 我确实参加了抢劫银行

B. 李某逼我去抢的

C. 李某策划了整个抢劫，抢的钱他拿走了一大半

D. 李某在这次抢劫前还杀了赵某

答案：D。

解析：本题考查证人证言的认定。证人证言是指证人就其所了解的案件情况向公安司法机关所作的陈述。ABC三项属于犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解。D项中，张某陈述的内容是李某单独实施的杀人行为，属于证人证言。

2. (2009-2-25) 下列哪一选项体现直接言词原则的要求？

A. 法官亲自收集证据

B. 法官亲自在法庭上听取当事人、证人及其他诉讼参与人的口头陈述

C. 法庭审理尽可能不中断地进行

D. 法庭审理应当公开进行证据调查与辩论

答案：B。

解析：本题考查直接言词原则。直接言词原则包括直接原则和言词原则两项原则，故B项体现直接言词原则的要求。A项仅体现直接原则中的直接采证原则，不符合题意。C项体现的是集中审理原则。D项体现的是审判公开原则。

3. (四川2008-2-76) 刘某涉嫌强奸罪、杀人罪，在公安机关收集到的下列证据中，哪些属于间接证据？

A. 在现场提取的刘某的毛发

B. 从被害人身上提取遗留物，经鉴定系刘某所留

C. 王某证明案发前看到刘某进入被害人住宅的证言

D. 带血的菜刀

答案：ABCD。

解析：本题考查直接证据与间接证据。本题中的四个选项均不能单独、直接证明刘某的强奸罪或者杀人罪，因此不是直接证据，而是属于间接证据，需要与其他证据相结合才能证明案件事实。本题正确答案是ABCD。

### 重点法条

## 《高法解释》

第五十五条 人民法院对公诉案件依法调查、核实证据时，发现对认定案件事实有重要作用的新的证





据材料，应当告知检察人员和辩护人。必要时，也可以直接提取，复制后移送检察人员和辩护人。

### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第五十九条 对鉴定结论有疑问的，人民法院可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构，对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定。

第六十条 人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。

第六十二条 在公开审理案件时，对于公诉人、诉讼参与人提出涉及国家秘密或者个人隐私的证据时，审判长应当制止。如确与本案有关的，应当决定案件转为不公开审理。

### 法条精解

本部分比较简单，主要规定了特殊情况下对证据或者与证据有关的活动的处理。此处不是司法考试的重点，考生了解即可。而且法条规定比较清楚，故不再细究。

### 重点法条

第五十条 人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第五十八条 人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过十二个月，监视居住最长不得超过六个月。

在取保候审、监视居住期间，不得中断对案件的侦查、起诉和审理。对于发现不应当追究刑事责任或者取保候审、监视居住期限届满的，应当及时解除取保候审、监视居住。解除取保候审、监视居住，应当及时通知被取保候审、监视居住人和有关单位。

#### 《高法解释》

第六十三条 人民法院在审判过程中，根据案件情况，可以对被告人拘传、取保候审、监视居住或者决定逮捕。

合议庭或者独任审判员认为应当对被告人撤销或者变更强制措施的，应当报请院长批准。

第七十五条 人民检察院、公安机关已对犯罪嫌疑人取保候审、监视居住，案件起诉到人民法院后，人民法院对于符合取保候审、监视居住条件的，应当依法对被告人重新办理取保候审、监视居住手续。取保候审、监视居住的期限重新计算。

人民法院不得对同一被告人重复采取取保候审、监视居住措施。

#### 《取保候审规定》

第二十二条 在侦查或者审查起诉阶段已经采取取保候审的，案件移送至审查起诉或者审判阶段时，如果需要继续取保候审，或者需要变更保证方式或强制措施的，受案机关应当在七日内作出决定，并通知执行机关和移送案件的机关。

受案机关决定继续取保候审的，应当重新作出取保候审决定。对继续采取保证金方式取保候审的，原则上不变更保证金数额，不再重新收取保证金。

取保候审期限即将届满，受案机关仍未作出继续取保候审、变更保证方式或者变更强制措施决定的，执行机关应当在期限届满十五日前书面通知受案机关。受案机关应当在原取保候审期限届满前作出决定，并通知执行机关和移送案件的机关。

### 法条精解

上述法条是对拘传、取保候审和监视居住三个较轻的强制措施的规定。刑事诉讼中的强制措施，是指公安机关、人民检察院、人民法院为保证刑事诉讼活动的顺利进行，依法对犯罪嫌疑人、被告人或者是现行犯、重大嫌疑分子所采取的强制性限制其人身自由或者暂时剥夺其人身自由的各种法定强制措施，包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕5种。对于上述法条，有以下几点要注意：





### 1. 决定机关和执行机关。

(1) 决定机关。人民法院、人民检察院和公安机关均有权决定拘传、取保候审或监视居住。

(2) 执行机关。对于拘传，人民法院、人民检察院和公安机关均有权执行；但是取保候审或者监视居住只能由公安机关（国家安全机关）执行。注意：强制措施中，只有拘传可以由非公安机关执行。

(3) 适用对象。犯罪嫌疑人、被告人。由此表明，强制措施是可以适用于侦查、审查起诉、审判阶段的。

### 2. 取保候审、监视居住的期限。

(1) 对犯罪嫌疑人、被告人的取保候审最长不得超过12个月，监视居住最长不得超过6个月。

(2) 不同诉讼阶段重新办理、期限重新计算。对于前一诉讼阶段已经取保候审的，后一阶段的受案机关决定继续取保候审的，应当重新作出取保候审的决定。

3. 在取保候审、监视居住期间，不得中断案件的侦查、起诉和审理。

4. 对于发现不应当追究刑事责任或者取保候审、期限届满的，应当及时解除取保候审、监视居住。解除取保候审、监视居住，应当及时通知被取保候审、监视居住人和有关单位。

## 真题示例

1. (2008-2-28) 关于法院可以决定对什么人采取拘传这一刑事强制措施，下列哪一选项是正确的？

- A. 某公司涉嫌生产、销售伪劣产品罪，作为该公司诉讼代表人而拒不出庭的高某
- B. 抢夺案中非在押的被告人陈某
- C. 盗窃案中非在押的犯罪嫌疑人卢某
- D. 贿赂案中拒不出庭的证人李某

答案：B。

解析：本题考查拘传。本题中，因为题干已经明确“法院决定”，说明案件已进入法院审理阶段，此时对行为人的称呼应该是“被告”，因此根据《刑事诉讼法》第50条、《高法解释》第63条的规定，应该选择B。

2. (四川2008-2-36) 关于刑事诉讼强制措施的适用对象，下列哪一选项是正确的？

- A. 只适用于公诉案件的犯罪嫌疑人、被告人
- B. 可以适用于自诉案件的被告人
- C. 可以适用于自诉人
- D. 可以适用于单位犯罪案件的诉讼代表人

答案：B。

解析：本题考查强制措施的适用对象。强制措施适用对象是犯罪嫌疑人、被告人（包括公诉案件和自诉案件）。本题正确答案是B。

## 重点法条

### 《高法解释》

第六十四条 对经过依法传唤，无正当理由拒不到庭，或者根据案件情况有必要拘传的被告人，可以拘传。

拘传由司法警察执行，执行人员不得少于二人。

拘传被告人时，应当出示拘传票。对抗拒拘传的，可以使用戒具。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第六十五条 审判人员对被拘传的人，应当在拘传后的十二小时以内讯问完毕，不得以连续拘传的形式变相押被拘传人。

### 《高检规则》

第三十二条 人民检察院根据案件情况，对犯罪嫌疑人可以拘传。拘传应当经检察长批准，签发拘传证。

第三十三条 拘传时，应当向被拘传的犯罪嫌疑人出示拘传证。对抗拒拘传的，可以使用戒具，强制到案。执行拘传的人员不得少于二人。

第三十四条 拘传持续的时间从犯罪嫌疑人到案时开始计算。犯罪嫌疑人到案后,应当责令其在《拘传证》上填写到案时间,并在拘传证上签名或者盖章,然后立即讯问。讯问结束后,应当责令犯罪嫌疑人在拘传证上填写讯问结束时间。犯罪嫌疑人拒绝填写的,检察人员应当在《拘传证》上注明。一次拘传持续的时间最长不得超过十二小时,不得以连续拘传的方式变相拘禁犯罪嫌疑人。

第三十五条 人民检察院拘传犯罪嫌疑人,应当在犯罪嫌疑人所在市、县内的地点进行。犯罪嫌疑人的工作单位、户籍地与居住地不在同一市、县的,拘传应当在犯罪嫌疑人的工作单位所在的市、县进行;特殊情况下,也可以在犯罪嫌疑人户籍地或者居住地所在的市、县内进行。

第三十六条 需要对被拘传的犯罪嫌疑人变更强制措施的,应当经检察长或者检察委员会决定,在拘传期限内办理变更手续。在拘传期间内决定不采取其他强制措施的,拘传期限届满;应当结束拘传。

## 法条精解

本部分规定的是拘传。拘传的适用对象是未被羁押、经过传唤无正当理由拒不到指定地点接受讯问的犯罪嫌疑人、被告人。在刑事诉讼中可以不经传唤而直接拘传犯罪嫌疑人、被告人。拘传应有县(区)以上公安机关负责人、人民检察院检察长、人民法院院长批准,签发《拘传证》,执行的公安司法人员不得少于2人,且传唤、拘传持续的时间不得超过12小时,不得以连续拘传的形式变相羁押犯罪嫌疑人、被告人。公安机关、人民检察院和人民法院都有决定和执行拘传的权力。

## 重点法条

第五十一条 人民法院、人民检察院和公安机关对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人,可以取保候审或者监视居住:

- (一)可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的;
  - (二)可能判处有期徒刑以上刑罚,采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的。
- 取保候审、监视居住由公安机关执行。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第六十六条 被告人具有下列情形之一的,人民法院可以决定取保候审或者监视居住:

- (一)可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的;
- (二)可能判处有期徒刑以上刑罚,采取取保候审、监视居住不致发生社会危险的;
- (三)应当逮捕但患有严重疾病的,或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。

第六十七条 人民法院对被告人决定取保候审、监视居住,应当向其本人宣布,并由被告人在取保候审决定书或者监视居住决定书上签名。

第六十八条 被羁押的被告人及其法定代理人、近亲属和律师有权申请取保候审。申请取保候审应当采用书面形式。人民法院应当在接到书面申请后七日内作出是否同意的答复。对符合取保候审条件并且提出了保证人或者能够交纳保证金的,人民法院应当同意,并依法办理取保候审手续;对不符合取保候审条件,不同意取保候审的,应当告知申请人,并说明不同意的理由。

第七十六条 人民法院决定对被告人取保候审、监视居住,应当在宣布后立即将取保候审决定书、取保候审执行通知书或者监视居住决定书、监视居住执行通知书,送达负责执行的公安机关。

### 《高检规则》

第三十七条 人民检察院对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人,可以取保候审:

- (一)可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的;
- (二)可能判处有期徒刑以上刑罚,不予逮捕不致发生社会危险性的;
- (三)对被拘留的人,需要逮捕而证据尚不符合逮捕条件的;
- (四)应当逮捕但患有严重疾病的;
- (五)应当逮捕但正在怀孕或者哺乳自己婴儿的;
- (六)被羁押的犯罪嫌疑人不能在法定侦查羁押、审查起诉期限内结案,需要继续侦查或者审查起诉的;
- (七)持有有效护照或者其他有效出境证件,可能出境逃避侦查,但不需要逮捕的。



以上法条规定的是可以适用取保候审或者监视居住的一般情形。各法条之间的关系是,《高法解释》第66条重复了《刑事诉讼法》的规定(含第66条第2款),而《高检规则》第37条则根据检察院的特殊情况又做了一些扩大的规定。因此,《高检规则》第37条的规定最全面,记住该条足矣。注意,监视居住的对象、适用机关与取保候审完全相同,凡是能够采取取保候审的都可以适用监视居住,但是两者的期限不同,而且二者不能同时适用,只能择一而用。

## 真题示例

1. (2005-2-28) 常某涉嫌投毒杀人被立案侦查,考虑到常某怀孕已近分娩,县公安机关决定对其取保候审,责令其交纳保证金3000元。婴儿出生1个月后,常某写下遗书,两次自杀未果,家人遂轮流看护常某及其婴儿,以防意外。在此情况下,对常某应当采取什么强制措施?

- A. 维持原取保候审决定  
B. 将取保候审变更为监视居住  
C. 增加取保候审保证金或者改为保证人担保  
D. 依法提请人民检察院批准逮捕

答案:D。

解析:本题目考查的是强制措施的变更。根据《刑事诉讼法》第60条之规定,对常某应当依法提请人民检察院批准逮捕。

2. (2004-2-65) 下列犯罪嫌疑人、被告人中,哪些不适用取保候审?

- A. 甲在取保候审期间故意实施新的犯罪行为  
B. 乙涉嫌抢夺他人数额较大的财物被拘留,需逮捕而证据尚不符合逮捕条件  
C. 丙刑满释放后第二年又涉嫌重婚  
D. 丁是持刀抢劫的被告人

答案:AD。

解析:本题考查的是取保候审的条件。法条依据是《刑事诉讼法》第51条。

## 重点法条

第五十三条 人民法院、人民检察院和公安机关决定对犯罪嫌疑人、被告人取保候审,应当责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金。

## 【关联法条】

## 《刑事诉讼法》

第五十二条 被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保候审。

## 《高法解释》

第七十条 人民法院应当依法严格审查保证人是否符合法定条件。符合保证人条件的,应当告知他必须履行的义务,并由他出具保证书。

第七十一条 人民法院决定对被告人取保候审,根据案件情况,可以责令其交纳保证金。保证金仅限于现金。

人民法院应当根据起诉指控犯罪的性质、情节、被告人的经济状况等因素,决定应当收取的保证金数额。

保证金应当依照有关规定交由公安机关收取和保管。

第七十二条 对同一被告人决定取保候审的,不能同时使用保证人保证与保证金保证。

## 《取保候审规定》

第四条 对犯罪嫌疑人、被告人决定取保候审的,应当责令其提出保证人或者交纳保证金。

对同一犯罪嫌疑人、被告人决定取保候审的,不得同时使用保证人保证和保证金保证。

第五条 采取保证金形式取保候审的,保证金的起点数额为一千元。

决定机关应当以保证被取保候审人不逃避、不妨碍刑事诉讼活动为原则,综合考虑犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性,案件的情节、性质,可能判处刑罚的轻重,犯罪嫌疑人、被告人经济状况,当地的经济水平等情况,确定收取保证金的数额。





以上法条规定了取保候审的方式与申请。

1. 取保候审的方式。取保候审的基本内容就是责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金，以此保证其能够及时到案、接受调查和审讯等。取保候审有两种方式：一是保证人保证，二是保证金保证。对于同一犯罪嫌疑人、被告人不能同时要求其提供保证人并交纳保证金，只能择一而用。

2. 申请。当犯罪嫌疑人、被告人被羁押的时候，三类人可以申请取保候审：

- (1) 犯罪嫌疑人、被告人；
- (2) 其法定代理人、近亲属；
- (3) 辩护律师。

这一点与监视居住的适用有所不同。监视居住无需申请，一般而言，对符合取保候审条件，但不能提供保证人或保证金时，才适用监视居住。

3. 采用保证金的方式取保候审的，保证金起点为1000元。

### 真题示例

(2009-2-72) 甲涉嫌盗窃罪被逮捕。甲父为其申请取保候审，公安机关要求甲父交纳10万元保证金。甲父请求减少保证金的数额。公安机关在确定保证金数额时应当考虑下列哪些情况？

- A. 当地经济水平落后
- B. 甲和甲父靠种地为生且无其他收入，生活贫困
- C. 甲只偷他人一头牛，可能判处的刑罚不重
- D. 甲无前科，社会危险性小，妨碍诉讼可能性小

答案：ABCD。

解析：本题考查保证金确定的标准。法条依据是《取保候审规定》第5条第2款。ABCD均符合题意。

### 重点法条

第五十四条 保证人必须符合下列条件：

- (一) 与本案无牵连；
- (二) 有能力履行保证义务；
- (三) 享有政治权利，人身自由未受到限制；
- (四) 有固定的住处和收入。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第五十五条 保证人应当履行以下义务：

- (一) 监督被保证人遵守本法第五十六条的规定；
- (二) 发现被保证人可能发生或者已经发生违反本法第五十六条规定的行为的，应当及时向执行机关报告。

被保证人有违反本法第五十六条规定的行为，保证人未及时报告的，对保证人处以罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

#### 《高法解释》

第六十九条 对符合取保候审条件，具有下列情形之一的被告人，人民法院决定取保候审时，可以责令其提供一至二名保证人：

- (一) 无力交纳保证金的；
- (二) 未成年人或者具有其他不宜收取保证金情形的。

第七十三条 根据案件事实，认为已经构成犯罪的被告人在取保候审期间逃匿的，如果保证人与该被告人串通，协助其逃匿以及明知藏匿地点而拒绝向司法机关提供的，对保证人应当依照刑法有关规定追究刑事责任。

具有前款规定情形的，如果取保候审的被告人同时也是附带民事诉讼的被告人，保证人还应当承担连带赔偿责任，但应当以其保证前附带民事诉讼原告人提起的诉讼请求数额为限。

#### 《取保候审规定》

第十六条 采取保证人形式取保候审的，被取保候审人违反刑事诉讼法第五十六条的规定，保证人未



及时报告的，经查证属实后，由县级以上执行机关对保证人处一千元以上二万元以下罚款，并将有关情况及时通知决定机关。

## 法条精解

以上法条规定了保证人的条件、义务和违法后的责任。

1. 必须掌握本条规定的保证人的条件，这些条件要同时具备。

2. 保证人的义务。保证人应当履行一定的法定义务，主要是监督的义务和报告的义务。

(1) 监督的义务，即监督被保证人遵守法定的义务（即《刑事诉讼法》第56条所规定的义务）。

(2) 报告的义务。当保证人发现被保证人可能发生或者已经发生违反《刑事诉讼法》第56条规定的义务的，应当及时向执行机关报告。

3. 保证人违法后的责任。当保证人违反其法定义务时，将承担法律责任，其内容是：

(1) 如果被保证人有违反法定义务的行为而保证人未及时报告的，应对保证人处以罚款；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

(2) 民事连带责任。保证人与被保证人串通，协助其逃匿或者明知其隐匿地点而拒绝向司法机关提供的，除了依法追究刑事责任外，如果被保证人即刑事被告人同时也是附带民事诉讼的被告人时，保证人还应当承担连带赔偿责任。此考点常与对附带民事诉讼的考查联系在一起。

## 真题示例

1. (2000-2-80) 方某系刑事被告人李某的保证人。被告人李某被取保候审期间逃匿，方某明知李某藏匿地点，却拒绝向司法机关提供该地点。有关机关应当对方某采取以下哪些措施？

A. 依照刑法规定追究方某的刑事责任

B. 没收方某为李某缴纳的保证金

C. 因李某同时是附带民事诉讼的被告人，故应将方某也列为该附带民事诉讼的被告人

D. 方某应对李某之附带民事诉讼的赔偿责任承担连带赔偿责任

答案：ACD。

解析：本题综合考查保证人的责任。根据《高法解释》第73条，此种情形应对保证人追究刑事责任，同时对被告人在附带民事诉讼中所负的责任负连带赔偿责任。由于需要在民事诉讼中承担责任，所以必须追加为附带民事诉讼中的被告人。B项错误，因为不能同时适用保证人和保证金，在有保证人的情形下要求赔偿保证金，在目前的诉讼法中是不许可的。

2. (1998-2-76) 刑事诉讼中为取保候审的犯罪嫌疑人提供担保的保证人，需具备相应条件。下列哪些属于保证人的条件？

A. 有固定的住处和收入

B. 享有政治权利

C. 与本案无牵连

D. 有能力对被保释的犯罪嫌疑人起到管制、约束作用

答案：ABCD。

解析：本题直接考查《刑事诉讼法》第54条对保证人条件的规定。

## 重点法条

第五十六条 被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：

(一) 未经执行机关批准不得离开所居住的市、县；

(二) 在传讯的时候及时到案；

(三) 不得以任何形式干扰证人作证；

(四) 不得毁灭、伪造证据或者串供。

被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，已交纳保证金的，没收保证金，并且区别情形，责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过，重新交纳保证金、提出保证人或者监视居住、予以逮捕。犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间未违反前款规定的，取保候审结束的时候，应当退还保证金。



## 【关联法条】

### 《高法解释》

第七十四条 被取保候审人违反刑事诉讼法第五十六条规定，被依法没收保证金后，人民法院仍决定对其取保候审的，取保候审的期限应当连续计算。

### 《取保候审规定》

第十二条 被取保候审人没有违反刑事诉讼法第五十六条的规定，但在取保候审期间涉嫌重新犯罪被司法机关立案侦查的，执行机关应当暂扣其交纳的保证金，待人民法院判决生效后，决定是否没收保证金。对故意重新犯罪的，应当没收保证金；对过失重新犯罪或者不构成犯罪的，应当退还保证金。

## 法条精解

本重点法条规定的是被取保候审者应当遵守的法定义务及违反义务所应承担的法律责任。应当注意的是，除了本条所规定的四种法定义务外，《取保候审规定》第12条还规定了不得重新犯罪，否则，同样应该没收保证金。

对于保证人违反上述法定义务的，如果是采取保证金方式，首先应该没收保证金，然后区别不同情况，具体处理，包括：

1. 责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过、重新交纳保证金；
2. 责令提供保证人；
3. 采取监视居住的方式；
4. 予以逮捕。

如果犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间没有违反上述法定义务的，在取保候审结束时，应当退还保证金。如果被没收保证金后，仍决定对其取保候审的，取保候审的期限应当连续计算。

## 真题示例

（2007-2-78）被取保候审人高某在取保候审期间涉嫌重新犯罪，被公安机关立案侦查。关于保证金的处理，下列哪些选项是错误的？

- A. 由正在审查起诉的检察院暂扣其交纳的保证金
- B. 由取保候审的执行机关暂扣其交纳的保证金
- C. 由正在审查起诉的检察院没收其交纳的保证金
- D. 由取保候审的执行机关没收其交纳的保证金

答案：ACD。

解析：本题考查保证金的处理。B项的规定是符合《取保候审规定》第12条规定的，不应选。所以本题的正确选项是ACD。

## 重点法条

第五十七条 被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：

- （一）未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所；
- （二）未经执行机关批准不得会见他人；
- （三）在传讯的时候及时到案；
- （四）不得以任何形式干扰证人作证；
- （五）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，情节严重的，予以逮捕。

## 【关联法条】

### 《六部委规定》

24. 被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见其聘请的律师不需要经过批准。

## 法条精解

本重点法条规定的是被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守的法定义务以及违反法定义务所应承担的法律责任。与《刑事诉讼法》第56条关于被取保候审者的法定义务相比较，可以发现二者具有一定的相似性，但又有较大的不同：





1. 被取保候审者的法定义务也是被监视居住者应当遵守的。

2. 被监视居住者还有两点义务是被取保候审者所没有的：

(1) 未经过执行机关的批准，不仅仅是不得离开所居住的市、县，而且也不得离开住处，没有固定住处的，未经批准不得离开指定的居所。

(2) 未经执行机关的批准不得会见他人。

可见，监视居住比取保候审更为严格。

需要注意的是，“未经执行机关的批准不得会见他人”的范围不包括犯罪嫌疑人、被告人聘请的律师。

3. 违法责任。监视居住对犯罪嫌疑人、被告人的行为限制更为严格，相对于被取保候审者的违反法定义务的法律义务而言，被监视居住者的违反法定义务的法律义务也更为严格，即情节较重的，直接予以逮捕。

## 重点法条

第六十条 对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。

对应当逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，如果患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采用取保候审或者监视居住的办法。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第五十九条 逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。

第六十七条 人民检察院审查批准逮捕犯罪嫌疑人由检察长决定。重大案件应当提交检察委员会讨论决定。

第六十八条 人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件进行审查后，应当根据情况分别作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。对于批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于不批准逮捕的，人民检察院应当说明理由，需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。

第七十条 公安机关对人民检察院不批准逮捕的决定，认为有错误的时候，可以要求复议，但是必须将被拘留的人立即释放。如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。上级人民检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。

第一百三十二条 人民检察院直接受理的案件中符合本法第六十条、第六十一条第四项、第五项规定情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出决定，由公安机关执行。

### 《六部委规定》

26. 修改后的刑事诉讼法将原刑事诉讼法关于逮捕条件中“主要犯罪事实已经查清”的规定修改为“有证据证明有犯罪事实”。其中“有证据证明有犯罪事实”，是指同时具备下列情形：

(一) 有证据证明发生了犯罪事实；

(二) 有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；

(三) 证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的。

犯罪事实可以是犯罪嫌疑人实施的数个犯罪行为中的一个。

27. 人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或者不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查。

28. 对于人民检察院批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并将执行回执及时送达作出批准逮捕的人民检察院。如果未能执行，也应当将回执送达人民检察院，并写明未能执行的原因；对于人民检察院决定不批准逮捕的，公安机关在收到不批准逮捕决定书后，应当立即释放在押的犯罪嫌疑人或者变更强制措施，并将执行回执在收到不批准逮捕决定书后的三日内送达作出不批准逮捕决定的人民检察院。

### 《高法解释》

第七十七条 人民法院对有证据证明有犯罪事实存在，可能判处有期徒刑以上刑罚的被告人，认为采取取保候审、监视居住等措施，尚不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要的，应即决定依法逮捕。

第七十八条 人民法院作出逮捕决定后，应当将逮捕决定书送交公安机关执行。将被告人逮捕后，人民法院应当将逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时内通知被逮捕人的家属或者其所在单位；确实无法





通知的，应当将原因记录在卷。

第七十九条 对人民法院决定逮捕的被告人，审判人员必须在逮捕后的二十四小时内进行讯问。如果发现不应当逮捕的，应当报经院长批准后，变更强制措施或者立即释放。立即释放的，应当发给释放证明。

第八十条 对已经逮捕的被告人，符合下列情形之一的，人民法院可以变更强制措施：

- (一) 患有严重疾病的；
- (二) 案件不能在法律规定的期限内审结的；
- (三) 正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。

第八十一条 对已经逮捕的被告人，符合下列情形之一的，人民法院应当变更强制措施或者释放：

- (一) 第一审人民法院判处管制或者宣告缓刑以及单独适用附加刑，判决尚未发生法律效力的；
- (二) 第二审人民法院审理期间，被告人被羁押的时间已到第一审人民法院对其判处的刑期期限的；
- (三) 因进行司法鉴定而尚未审结的案件，法律规定的期限届满的。

第八十二条 对具有下列情形之一的被告人，应当变更强制措施，决定逮捕：

(一) 已取保候审或者监视居住的被告人，违反刑事诉讼法第五十六条、第五十七条的规定，不逮捕可能发生社会危险的；

(二) 具有本解释第六十六条第(三)项规定的情形而未予逮捕的被告人，疾病痊愈或者哺乳期已满的。

决定变更强制措施，予以逮捕的，应当通知负责执行取保候审或者监视居住的公安机关。

### 《高检规则》

第五十三条 对下列违反取保候审规定的犯罪嫌疑人，应当予以逮捕：

- (一) 企图自杀、逃跑，逃避侦查、审查起诉的；
- (二) 实施毁灭、伪造证据或者串供、干扰证人作证行为，足以影响侦查、审查起诉工作正常进行的；
- (三) 未经批准，擅自离开所居住的市、县，造成严重后果，或者两次未经批准，擅自离开所居住的市、县的；
- (四) 经传讯不到案，造成严重后果，或者两次经传讯不到案的。

第六十八条 人民检察院对违反刑事诉讼法第五十七条规定的犯罪嫌疑人，情节严重的，予以逮捕；情节较轻的，可以予以训诫、责令具结悔过。

下列违反监视居住规定的行为，属于情节严重，对犯罪嫌疑人应当予以逮捕：

- (一) 故意实施新的犯罪行为的；
- (二) 企图自杀、逃跑，逃避侦查、审查起诉的；
- (三) 实施毁灭、伪造证据或者串供、干扰证人作证行为，足以影响侦查、审查起诉工作正常进行的；
- (四) 未经批准，擅自离开住处或者指定的居所，造成严重后果，或者两次未经批准，擅自离开住处或者指定的居所的；
- (五) 未经批准，擅自会见他人，造成严重后果，或者两次未经批准，擅自会见他人的；
- (六) 经传讯不到案，造成严重后果，或者两次经传讯不到案的。

第八十七条 对实施多个犯罪行为或者共同犯罪案件的犯罪嫌疑人，符合本规则第八十六条的规定，具有下列情形之一的，应当批准或者决定逮捕：

- (一) 有证据证明犯有数罪中的一罪的；
- (二) 有证据证明实施多次犯罪中的一次犯罪的；
- (三) 共同犯罪中，已有证据证明有犯罪事实的犯罪嫌疑人。

### 法条精解

以上法条是关于逮捕的规定。逮捕，是指公安机关、人民检察院和人民法院，为了防止防止嫌疑人或者被告人实施妨碍刑事诉讼的行为，逃避侦查、起诉、审判或者发生社会危害性，而依法暂时剥夺其人身自由的一种强制措施。逮捕是刑事诉讼强制措施中最严厉的一种。

#### 1. 逮捕的适用条件

(1) 证据证明有犯罪事实。具体是指：①有证据证明发生了犯罪事实。②有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的。③证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的。

(2) 可能判处有期徒刑以上刑罚。

(3) 采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的。

## 2. 特殊情形下的变通

(1) 可以变通：符合逮捕条件的犯罪嫌疑人、被告人，如果患有严重疾病或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以取保候审或监视居住。注意，是“可以”而非“应当”。另外，根据有关规定，这里的婴儿在法律意义上是指不满1周岁的儿童，而1周岁以上6周岁以下的为幼儿。

(2) 特殊情形消失后的处理。对于上述未予逮捕的被告人，待其疾病痊愈或者哺乳期已满的，应当决定逮捕。

3. 注意理解“有证据证明有犯罪事实”（《六部委规定》第26条、《高检规则》第87条）

## 4. 逮捕程序

(1) 有权批准或决定的机关。人民检察院和人民法院有权决定逮捕；人民检察院具有批准逮捕权，公安机关无权自行决定逮捕，对于需要逮捕的，应提请人民检察院审查批准。逮捕由公安机关执行。

(2) 执行机关。逮捕的执行机关只能是公安机关。即使是检察机关办理直接立案侦查的案件中的逮捕，仍然由公安机关执行该逮捕决定。

(3) 检察机关的批准程序：

① 公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候，应当写出提请批准逮捕书，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查批准。必要的时候，人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论。

② 审查批准逮捕由检察长决定，重大案件应当提交检察委员会讨论决定。人民检察院审查批准逮捕时，发现应当逮捕而公安机关未提请批准逮捕的犯罪嫌疑人的，应当建议公安机关提请批准逮捕。如果公安机关不提请逮捕的理由不能成立的，人民检察院也可以直接作出逮捕决定，不另行进行侦查。在审查批准逮捕工作中，如果发现公安机关的侦查活动有违法情况，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。

③ 人民检察院对公安机关提请批准逮捕的案件审查后，依法作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。对于批准逮捕的，公安机关应当立即执行，并将执行情况及时通知人民检察院；对不批准逮捕的，应说明理由；对需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。

④ 对于人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并将执行情况及时通知人民检察院。对于需要继续侦查且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或监视居住。公安机关如果认为人民检察院不批准逮捕的决定有错误的时候，可以要求复议。但必须将已拘留的人释放。

## 5. 对人大代表逮捕的特殊规定

如果被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人是县级以上人大代表时，无论是批准逮捕，还是决定逮捕，都应当报请该人大代表所在的人民代表大会主席团或者常务委员会许可。被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人是乡、镇一级人大代表时，应当向乡、镇人民代表大会报告。

## 真题示例

1. （四川 2008-2-68）公安局长王某涉嫌非法拘禁罪被立案侦查。在决定是否逮捕王某时，应当具备下列哪些条件？

- A. 有证据能够证明王某实施了非法拘禁犯罪
- B. 王某可能被判处有期徒刑以上的刑罚
- C. 王某具有很大的社会危险性
- D. 王某在境外有住宅

答案：BC。

解析：本题是对逮捕条件的考查。根据《刑事诉讼法》第60条的规定，BC项说法正确。A项说法之所以错误是因为，逮捕只是要求“有证据证明王某实施了非法拘禁行为”，而不要求“有证据证明王某实施了非法拘禁犯罪”。对于王某是否构成犯罪，在逮捕的时候不需要证明，因为逮捕的标准低于定罪的标准。

2. （四川 2008-2-72）公安机关对涉嫌抢劫、已被拘留的张某提请检察院批准逮捕。检察院审查后，可以作出哪些处理决定？

- A. 退回补充侦查
- B. 另行侦查
- C. 不批准逮捕
- D. 批准逮捕

答案：CD。

解析：本题考查检察院对公安机关申请逮捕的处理。《六部委规定》第27条规定，人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或者不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查。



因此，本题的正确答案是 CD。

## 重点法条

第六十一条 公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：

- (一) 正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；
- (二) 被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；
- (三) 在身边或者住处发现有犯罪证据的；
- (四) 犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；
- (五) 有毁灭、伪造证据或者串供可能的；
- (六) 不讲真实姓名、住址，身份不明的；
- (七) 有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第六十三条 对于有下列情形之一的，任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理：

- (一) 正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；
- (二) 通缉在案的；
- (三) 越狱逃跑的；
- (四) 正在被追捕的。

第一百三十二条 人民检察院直接受理的案件中符合本法第六十条、第六十一条第四项、第五项规定情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出决定，由公安机关执行。

## 法条精解

本重点法条规定的是刑事强制措施中的拘留。(刑事)拘留是公安机关在侦查过程中，遇有紧急情况时，对现行犯或重大嫌疑分子所采取的临时限制其人身自由的强制方法。

根据我国法律规定，拘留一共有三种：作为刑事强制措施的拘留，即刑事拘留；作为行政处罚手段的拘留，即治安拘留，也叫做行政拘留；作为人民法院对于违反法律规定妨害法院审判活动的人的拘留，即司法拘留。这三种拘留在性质、期限、适用条件、对象上都是不一样的。他们的区别是：

- (1) 刑事拘留与行政拘留的区别：法律性质不同；适用对象不同；目的不同；羁押期限不同。
- (2) 刑事拘留与司法拘留的区别：对象不同；采用的机关不同；与判决的关系不同；期限不同。

### 1. 公安机关的拘留条件

- (1) 正在预备犯罪、实行犯罪或在实行犯罪后即时被发现的；
- (2) 被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；
- (3) 在身边或住处发现有犯罪证据的；
- (4) 犯罪后企图自杀、逃跑或在逃的；
- (5) 有毁灭、伪造证据或串供可能的；
- (6) 不讲真实姓名、住址，身份不明的；
- (7) 有流窜、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

### 2. 人民检察院适用拘留的条件

- (1) 犯罪后企图自杀、逃跑或在逃的；
- (2) 有毁灭、伪造证据或串供可能的。

这两种情况下人民检察院有权决定拘留。值得注意的是，公安机关、检察院的拘留都由公安机关来执行。

### 3. 关于公民扭送

《刑事诉讼法》第63条规定了公民的扭送。扭送是公民将具有法定情形的人立即送交公、检、法机关处理的行为。公民扭送不是刑事强制措施，而只是配合公安司法机关采取强制措施的一种辅助手段。

## 真题示例

1. (2008-2-76) 对下列哪些重大犯罪嫌疑分子，公安机关可以执行先行拘留？
- A. 为投毒而买毒药的甲
  - B. 在其住处发现被盗金项链的乙



C. 被举报挪用公款企图逃跑的丙

D. 不讲真实姓名、住址，身份不明的丁

答案：ABCD。

解析：本题考查拘留的条件。A 属于正在预备犯罪的情形；B 属于在住处发现有犯罪证据的情形；C 属于犯罪后企图逃跑的情形；D 属于不讲真实姓名、住址，身份不明的情形，对于这四种情形，根据《刑事诉讼法》第 61 条之规定，公安机关都是可以先行拘留的。本题正确答案是 ABCD。

2. (2005-2-27) 下列关于司法拘留、行政拘留与刑事拘留的表述，哪一项是正确的？

A. 司法拘留是对妨害诉讼的强制措施，行政拘留是行政制裁方法，被司法拘留和行政拘留的人均羁押在行政拘留所；刑事拘留是一种强制措施，被刑事拘留的人羁押在看守所

B. 司法拘留、行政拘留、刑事拘留都是一种处罚手段

C. 司法拘留、行政拘留、刑事拘留都是一种强制措施

D. 司法拘留、行政拘留、刑事拘留均可由公安机关决定

答案：A。

解析：本题考查司法拘留、行政拘留和刑事拘留三者的区别。司法拘留是一种排除性措施，是针对已经出现的妨碍诉讼活动的严重行为而采取的。刑事拘留是刑事诉讼中的保障性措施，是一种诉讼行为，其目的是保证刑事诉讼的顺利进行，本身不具有惩罚性；行政拘留是治安管理的一种处罚方式，实质上是一种行政制裁，其目的是惩罚和教育有一般违法行为的人。据此，BC 都是错误的，它们没有区分三种拘留之间的性质，A 的表述是正确的。另外，刑事拘留依法由公安机关、人民检察院决定，并由公安机关执行。根据《刑事诉讼法》第 61 条、第 132 条的规定，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出决定，由公安机关执行。司法拘留一般依法由人民法院决定并由人民法院司法警察执行。所以 D 也是错误的。

## 重点法条

第六十四条 公安机关拘留人的时候，必须出示拘留证。

拘留后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，应当把拘留的原因和羁押的处所，在二十四小时以内，通知被拘留人的家属或者他的所在单位。

第七十一条 公安机关逮捕人的时候，必须出示逮捕证。

逮捕后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，应当把逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时以内通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第六十二条 公安机关在异地执行拘留、逮捕的时候，应当通知被拘留、逮捕人所在地的公安机关，被拘留、逮捕人所在地的公安机关应当予以配合。

第六十五条 公安机关对于被拘留的人，应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或者监视居住。

第七十二条 人民法院、人民检察院对于各自决定逮捕的人，公安机关对于经人民检察院批准逮捕的人，都必须在逮捕后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当逮捕的时候，必须立即释放，发给释放证明。

## 法条精解

上述法条规定的是拘留与逮捕的执行程序。

### 1. 拘留的执行程序

(1) 不论公安机关、检察院拘留都要由公安机关开出拘留证，并应向被拘留人出示，执行人员不应少于 2 人，被拘留人应在拘留证上签名，如果拒绝签名的，执行人员应当注明。

(2) 拘留后 24 小时内应当把拘留的原因及关押处所通知其家属或所在单位，如果有碍侦查或无法通知的情形可以暂不通知。

(3) 拘留后，应在 24 小时内对被拘留人进行讯问。

根据司法解释的规定，第 (2) 项和第 (3) 两项工作都要由决定拘留的机关来做，请注意不是由执行拘留的机关来做。

(4) 讯问后根据不同情形做出不同的处理：① 如果发现不应当拘留的，应当立即释放并发给释放证





明；② 如果认为需要逮捕且有证据证明有犯罪事实的，应当向检察机关提请批准逮捕；③ 如果认为需要逮捕但证据还不充足的，可以采取取保候审或者监视居住的措施。

## 2. 逮捕的执行程序

与拘留一样，逮捕后也应当在 24 小时内通知和讯问。讯问应当由决定逮捕的机关进行，但公安机关提请经检察院批准逮捕的情形下，由公安机关进行讯问。

### 真题示例

(2007-2-68) 在侦查中，下列哪些情形，检察院有权对犯罪嫌疑人决定拘留？

- A. 张某刑讯逼供案，在场的人指认他犯罪
- B. 姚某徇私枉法案，在取保候审期间企图自杀
- C. 王某贪污案，在取保候审期间毁灭证据并串供
- D. 高某受贿案，在其家中发现赃款、赃物

答案：BC。

解析：本题考查决定拘留的条件。根据《刑事诉讼法》第 61 条，BC 两项是符合本条规定的，应选。

### 重点法条

第六十九条 公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长一日至四日。

对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。

人民检察院应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的七日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第七十三条 人民法院、人民检察院和公安机关如果发现对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施不当的，应当及时撤销或者变更。公安机关释放被逮捕的人或者变更逮捕措施的，应当通知原批准的人民检察院。

第七十四条 犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件，不能在本法规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结，需要继续查证、审理的，对犯罪嫌疑人、被告人可以取保候审或者监视居住。

第七十五条 犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律师及其他辩护人对于人民法院、人民检察院或者公安机关采取强制措施超过法定期限的，有权要求解除强制措施。人民法院、人民检察院或者公安机关对于被采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放、解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。

第七十六条 人民检察院在审查批准逮捕工作中，如果发现公安机关的侦查活动有违法情况，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。

#### 《高检规则》

第一百零三条 人民检察院办理审查逮捕案件，发现应当逮捕而公安机关未提请批准逮捕的犯罪嫌疑人的，应当建议公安机关提请批准逮捕。如果公安机关不提请批准逮捕的理由不能成立的，人民检察院也可以直接作出逮捕决定，送达公安机关执行。

### 法条精解

本法条讲的是拘留的期限及超过期限后的处理。

#### 1. 拘留的期限：

(1) 提请逮捕的期限：3 日内提请逮捕，可延长 1~4 日，即可达到 7 日；如果是流窜作案、多次作案、结伙作案等，可延长至 30 日。

(2) 批捕期限：7 日。

所以，公安机关、检察院一次拘留最长期限是 14 天；三种特殊情况下拘留期限最长可以达到 37 天。

2. 超过羁押期限时的处理。犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件，不能在规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结，犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律



师及其他辩护有权要求解除强制措施。人民法院、人民检察院或者公安机关对于被羁押超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放或者依法变更强制措施；需要继续查证、审理的，对犯罪嫌疑人、被告人可以取保候审或者监视居住。

### 真题示例

1. (2008-2-34) 关于应当变更为取保候审、监视居住或解除强制措施，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲被逮捕后发现患有严重疾病
- B. 乙被逮捕后经检查正在怀孕
- C. 丙被逮捕后侦查羁押期限届满仍须继续查证
- D. 丁被逮捕后一审法院判处有期徒刑1年缓刑2年，判决尚未发生效力

答案：D。

解析：本题考查强制措施的变更。根据《高法解释》第80条可以得出结论：前三项都是“可以”变更强制措施的情形，只有D项属于“应当”变更强制措施的情形。本题正确答案是D。

2. (2006-2-28) 甲因涉嫌盗窃罪被逮捕。经其辩护人申请，公安机关同意对甲取保候审。公安机关应当如何办理变更手续？

- A. 报请原批准机关审批
- B. 报请原批准机关备案
- C. 自主决定并通知原批准机关
- D. 要求原批准机关撤销逮捕决定

答案：C。

解析：本题考查强制措施变更的处理。根据《刑事诉讼法》第73条的规定，公安局可以自己决定，无须再提请批准，只要通知即可。因而选C。

### 重点法条

第七十七条 被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。

如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。

人民法院在必要的时候，可以查封或者扣押被告人的财产。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第七十八条 附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

#### 《高法解释》

第八十四条 人民法院受理刑事案件后，可以告知因犯罪行为遭受物质损失的被害人（公民、法人和其他组织）已死亡被害人的近亲属、无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人，有权提起附带民事诉讼。

有权提起附带民事诉讼的人放弃诉讼权利的，应当准许，并记录在案。

第八十六条 附带民事诉讼中依法负有赔偿责任的人包括：

- (一) 刑事被告人（公民、法人和其他组织）及没有被追究刑事责任的其他共同致害人；
- (二) 未成年刑事被告人的监护人；
- (三) 已被执行死刑的罪犯的遗产继承人；
- (四) 共同犯罪案件中，案件审结前已死亡的被告人的遗产继承人；
- (五) 其他对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事赔偿责任的单位和个人。

第八十八条 附带民事诉讼的起诉条件是：

- (一) 提起附带民事诉讼的原告人、法定代理人符合法定条件；
- (二) 有明确的被告人；
- (三) 有请求赔偿的具体要求和事实根据；
- (四) 被害人的物质损失是由被告人的犯罪行为造成的；
- (五) 属于人民法院受理附带民事诉讼的范围。

第九十二条 人民法院收到附带民事诉状后，应当进行审查，并在七日内决定是否立案。符合刑事诉讼法第七十七条第一、二款以及本解释第八十八条规定的，应当受理；不符合规定的，应当裁定驳回起诉。



第九十五条 人民法院审理附带民事诉讼案件，在必要时，可以决定查封或者扣押被告人财产。

第九十八条 附带民事诉讼的原告人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，应当按自行撤诉处理。

第九十九条 对于被害人遭受的物质损失或者被告人的赔偿能力一时难以确定，以及附带民事诉讼当事人因故不能到庭等案件，为了防止刑事案件审判的过分迟延，附带民事诉讼可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理。如果同一审判组织的成员确实无法继续参加审判的，可以更换审判组织成员。

### 《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》

第一条 因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。

对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。

第二条 被害人因犯罪行为遭受的物质损失，是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。

第三条 人民法院审理附带民事诉讼案件，依法判决后，查明被告人确实没有财产可供执行的，应当裁定中止或者终结执行。

第四条 被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

第五条 犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的，人民法院应当依法予以追缴或者责令退赔。被追缴、退赔的情况，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。

## 法条精解

本法条讲的是附带民事诉讼。附带民事诉讼是指司法机关在刑事诉讼过程中，在解决被告人刑事责任的同时，附带解决因被告人的犯罪行为所造成的物质损失的赔偿问题而进行的诉讼活动。解决附带民事诉讼问题时所依据的法律具有复合性特点：就实体法而言，对损害事实的认定，不仅要遵循刑法关于具体案件犯罪构成的规定，而且要受民事法律规范调整；就程序法而言，除刑事诉讼法有特殊规定的以外，应当适用民事诉讼法的规定。《高法解释》第100条规定：人民法院审判附带民事诉讼案件，除适用刑法、刑事诉讼法外，还应当适用民法通则、民事诉讼法有关规定。

### 1. 附带民事诉讼的条件

附带民事诉讼成立的条件包括以下几个方面：

(1) 附带民事诉讼以刑事诉讼为前提。

(2) 附带民事诉讼必须在刑事诉讼过程中提起。

(3) 犯罪行为给被害人造成了物质损失。附带民事诉讼中的“物质损失”是指被害人的人身、财产遭受犯罪行为的侵害所遭受的损失。

最高人民法院对刑事附带民事诉讼范围作出了规定：①因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。②被害人因犯罪行为遭受的物质损失，是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。

(4) 附带民事诉讼必须属于人民法院依照《民事诉讼法》的规定所应受理的案件范围，即必须是归人民法院主管的案件，如果案件是归人民法院外的其他机关主管的，人民法院就不能对此案行使审判权，原告也不能就此案件向法院提起附带民事诉讼。

### 2. 附带民事诉讼的赔偿范围

附带民事诉讼的赔偿范围，法律仅限于物质损失。对于精神损失，不得提起附带民事诉讼。《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第2条规定了物质损失的具体范围，必须是因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。同时，该规定第5条又指出：犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受的物质损失，不可以提起附带民事诉讼。在这种情况下，人民法院通过依法追缴或者责令退赔的方式补偿被害人的损失。若经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人可以向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼。

### 3. 附带民事诉讼的当事人资格

(1) 附带民事诉讼原告人。可以提起附带民事诉讼的主体包括：因犯罪行为遭受物质损失的被害人（公民、法人和其他组织）已死亡被害人的近亲属、无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人。人





人民检察院在《刑事诉讼法》第77条的情形下也可以提出附带民事诉讼。

(2) 附带民事诉讼被告人。①刑事被告人(公民、法人和其他组织)及没有被追究刑事责任的其他共同致害人。②未成年刑事被告人的监护人。③已被执行死刑的罪犯的遗产继承人。④共同犯罪案件中,案件审结前已死亡的被告人的继承人。⑤其他对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事责任的单位和个人。

值得注意的是,在共同犯罪中,被害人可以选择向全部被告人或者其中一部分被告人提起附带民事诉讼,也可以向没有追究刑事责任的被告人提起附带民事诉讼。

#### 4. 对《刑事诉讼法》第78条的理解

附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判,只有为了防止刑事案件审判的过分迟延,才可以在刑事案件审判后,由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。对刑事部分和民事部分分开审判时要注意:

- (1) 只能先审刑事部分,后审附带民事部分,而不能先审附带民事部分,再审刑事部分。
- (2) 必须由审理刑事案件的同一审判组织继续审理附带民事部分,不得另行组成合议庭。
- (3) 附带民事部分的判决对案件事实的认定不得同刑事判决相抵触。
- (4) 附带民事诉讼部分的延期审理,一般不影响刑事判决的生效。

### 真题示例

1. (2007-2-69) 关于法院审理附带民事诉讼案件,下列哪些选项是正确的?

- A. 犯罪分子非法处置被害人财产而使其遭受物质损失的,被害人可以提起附带民事诉讼
- B. 因财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的,被害人可以提起附带民事诉讼
- C. 依法判决后,查明被告人确实没有财产可供执行的,应当裁定中止或者终结执行
- D. 被告人已经赔偿被害人物质损失的,法院可以作为量刑情节予以考虑

答案:BCD。

解析:根据《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条第1款、第3条、第4条和第5条第1款的规定可知BCD是正确的。

2. (2006-2-72) 甲因遭受强奸住院治疗一个多月,出院后仍长期精神恍惚,后经多方医治才恢复正常。在诉讼过程中,甲提起附带民事诉讼。下列哪些赔偿要求具有法律依据?

- A. 甲因住院支付的费用
- B. 甲住院期间的陪护费用
- C. 甲住院期间的误工费用
- D. 甲医治精神恍惚支付的费用

答案:ABCD。

解析:根据《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条和第2条规定,被害人因犯罪行为遭受的物质损失,是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失。住院费、陪护费、误工费和医治费用,都属物质损失,其中误工费应为必然遭受的损失。因此本题选择ABCD。

3. (2003-2-56) 甲、乙、丙三人共同伤害被害人,检察机关对甲和乙提起公诉,对丙作了不起诉处理。被害人欲提起附带民事诉讼,下列说法哪些是正确的?

- A. 应将甲和乙作为共同被告
- B. 应将甲、乙、丙作为共同被告
- C. 既可以将甲和乙作为被告,也可以将甲、乙、丙作为被告
- D. 由于只有丙有赔偿能力,可以只以丙为被告

答案:CD。

解析:根据《高法解释》第86条的规定,被害人在提起附带民事诉讼时,可以对依法负有赔偿责任的人进行选择,是否对某一负有赔偿责任的人提起赔偿要求由被告人来决定。故选C、D项。

4. (2002-2-55) 在我国刑事诉讼附带民事诉讼中,下列哪些人或单位是依法负有赔偿责任的人?

- A. 没有被追究刑事责任的其他共同致害人
- B. 已经被执行死刑的罪犯的遗产继承人
- C. 应当对被告人的犯罪行为承担民事赔偿责任的个人
- D. 应当对被告人的犯罪行为承担民事赔偿责任的单位

答案:ABCD。

解析:《高法解释》第86条规定:附带民事诉讼中依法负有赔偿责任的人包括:①刑事被告人(公民、法人和其他组织)及没有被追究刑事责任的其他共同致害人;②未成年刑事被告人的监护人;③已被执行



死刑的罪犯的遗产继承人；④共同犯罪案件中，案件审结前已死亡的被告人的遗产继承人；⑤其他对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事赔偿责任的单位和个人。

## 重点法条

### 《高法解释》

第八十九条 附带民事诉讼应当在刑事案件立案以后第一审判决宣告以前提起。有权提起附带民事诉讼的人在第一审判决宣告以前没有提起的，不得再提起附带民事诉讼。但可以在刑事判决生效后另行提起民事诉讼。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第八十五条 如果是国家财产、集体财产遭受损失，受损失的单位未提起附带民事诉讼，人民检察院在提起公诉时提起附带民事诉讼的，人民法院应当受理。

第九十条 在侦查、预审、审查起诉阶段，有权提起附带民事诉讼的人向公安机关、人民检察院提出赔偿要求，已经公安机关、人民检察院记录在案的，刑事案件起诉后，人民法院应当按附带民事诉讼案件受理；经公安机关、人民检察院调解，当事人双方达成协议并已给付，被害人又坚持向法院提起附带民事诉讼的，人民法院也可以受理。

第九十一条 提起附带民事诉讼一般应当提交附带民事诉状。书写诉状确有困难的，可以口头起诉。审判人员应当对原告人的口头诉讼请求详细询问，并制作笔录，向原告人宣读；原告人确认无误后，应当签名或者盖章。

第九十四条 附带民事诉讼案件的当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

第一百条 人民法院审判附带民事诉讼案件，除适用刑法、刑事诉讼法外，还应当适用民法通则、民事诉讼法有关规定。

第一百零一条 人民法院认定公诉案件被告人的行为不构成犯罪的，对已经提起的附带民事诉讼，经调解不能达成协议的，应当一并作出刑事附带民事判决。

第一百零二条 人民法院审理刑事附带民事诉讼案件，不收取诉讼费。

第一百八十九条 自诉人应当向人民法院提交刑事自诉状；提起附带民事诉讼的，还应当提交刑事附带民事自诉状。

自诉人书写自诉状确有困难的，可以口头告诉，由人民法院工作人员作出告诉笔录，向自诉人宣读，自诉人确认无误后，应当签名或者盖章。

## 法条精解

本法条讲的是附带民事诉讼提起的时间、举证责任等规定及其他一些特殊情况的规定。

### 1. 附带民事诉讼的提起

(1) 提起的期间。在刑事诉讼过程中，无论是在侦查阶段、起诉阶段还是审判阶段，被害人依法都可以提起附带民事诉讼。

(2) 提起的方式。提起附带民事诉讼一般应当提交附带民事诉状，书写诉状确实有困难的，可以口头起诉。审判人员应当对原告人的口头诉讼请求详细询问，并制作笔录，然后向原告人宣读；原告人确认准确无误后，应当签名或者盖章。人民检察院提起附带民事诉讼时必须在起诉书上写明，不能用口头的方式提起附带民事诉讼。在诉讼过程中，被害人应当提起附带民事诉讼而没有提起时，公安机关、人民检察院、人民法院可以告知因犯罪行为遭受损失的被害人（公民、法人和其他组织）已死亡被害人的近亲属、无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人等，有权提起附带民事诉讼，以便他们决定是否行使这一权利。如果他们放弃这一权利，应当许可，并记录在案。但是如果被告人的行为是给国家、集体财产造成损失，受损害单位不提起附带民事诉讼，人民检察院在提起公诉时，可以提起附带民事诉讼，以保护国家和集体财产免受损失。

### 2. 审理程序中的特殊规定

(1) 人民法院收到附带民事诉状后，应当进行审查，并在7日以内决定是否立案。符合刑事诉讼法规定的附带民事诉讼起诉条件的，应当受理；不符合的，应当裁定驳回起诉。

(2) 人民法院受理附带民事诉讼后，应当在5日内向附带民事诉讼的被告人送达附带民事诉讼起诉状





副本，或者将口头起诉的内容及时通知其法定代理人。人民法院在送达附带民事起诉状副本时，应当根据刑事案件审理的期限，确定被告人或者其法定代理人提交民事答辩状的时间。

(3) 附带民事诉讼原告人有权提出先予执行的申请。对于先予执行的申请，人民法院应当依照民事诉讼法的有关规定，裁定先予执行或者驳回申请。

(4) 人民法院审理附带民事诉讼案件，在必要的时候，可以决定查封或者扣押被告人的财产。

(5) 附带民事诉讼的原告人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，应当按自行撤诉处理。

(6) 附带民事诉讼案件的当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

(7) 审理附带民事诉讼案件，除人民检察院提起的以外，可以调解。调解应当在自愿合法的基础上进行。参见《高法解释》第96、97条的规定。值得注意的是，开庭审理时，一般应当分阶段进行，先审理刑事部分，然后审理附带民事部分。

(8) 对于被害人遭受的物质损失或者被告人的赔偿能力一时难以确定，以及附带民事诉讼当事人因故不能到庭等案件，为了防止刑事案件审判的过分迟延，附带民事诉讼可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理。如果同一审判组织的成员确实无法继续参加审判的，可以更换审判组织成员。

(9) 人民法院认定公诉案件被告人的行为不构成犯罪的，对已经提起的附带民事诉讼，经调解不能达成协议的，应当一并作出刑事附带民事判决。

(10) 被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。

(11) 人民法院审理刑事附带民事诉讼案件，不收取诉讼费。

### 真题示例

(2005-2-29) 某县检察院以抢劫罪对孙某提起公诉，被害人李某提起附带民事诉讼。下列哪一种说法是正确的？

- A. 审判附带民事诉讼案件，应当适用民事诉讼法，不适用刑事诉讼法
- B. 尽管在侦查阶段孙、李已就赔偿达成协议且孙已给付，法院仍然可以受理李提起的附带民事诉讼
- C. 附带民事诉讼案件，由检察机关决定查封被告人财产
- D. 如果调解达成协议，不论是否当庭执行完毕，审判人员都必须制作调解书

答案：B。

解析：由于刑附民的“附带性”，审判附带民事诉讼案件，应当适用《刑事诉讼法》有关“刑事附带民事诉讼”条文的规定；又由于附带民诉的本质是一种民事诉讼，对于刑事诉讼法没有规定的，则适用民事诉讼法的有关规定。因此，A是错误的。其次，关于附带民诉的调解问题，注意三方面问题：调解的阶段、调解书的制作以及调解后的反悔问题。该题目全部考查到了。根据《高法解释》第90条的规定，附带民诉的调解在侦查、起诉与审判阶段都可以进行，而法院的调解则具有终局性，前两者则不具有该法律效力，因此，B显然是正确的。根据《高法解释》第96条的规定，D是错误的，附带民诉的调解不必然制作调解书。根据《高法解释》第95条的规定，C显然是错误的。附带民诉的本质是民事诉讼，作为公诉机关的检察院当然不能介入财产的查封问题。

### 重点法条

#### 《高法解释》

第九十六条 审理附带民事诉讼案件，除人民检察院提起的以外，可以调解。调解应当在自愿合法的基础上进行。经调解达成协议的，审判人员应当及时制作调解书。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。

调解达成协议并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应当记入笔录，经双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章即发生法律效力。

#### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第九十七条 经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并判决。

本法条讲的是附带民事诉讼的调解。由于附带民事诉讼本质上是民事诉讼，所以适用民事诉讼法中关于调解的规定。调解应当在自愿合法的基础上进行。经调解达成协议的，审判人员应当及时制作调解书。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解达成协议并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应当记入笔录。经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并判决。

### 真题示例

1. (2009-2-28) 关于附带民事诉讼，下列哪一选项是正确的？

- A. 在侦查、审查起诉阶段，被害人提出赔偿要求经记录在案的，公安机关、检察院可以对民事赔偿部分进行调解
- B. 在侦查、审查起诉阶段，经调解当事人达成协议并已给付，被害人又向法院提起附带民事诉讼的，法院不再受理
- C. 法院审理刑事附带民事诉讼案件，可以进行调解
- D. 附带民事诉讼经调解达成协议并当庭执行完毕的，无需制作调解书，也不需记入笔录

答案：A。

解析：根据《高法解释》第90条的规定，A项正确。在侦查、审查起诉阶段，经调解当事人达成协议并已给付，被害人又向法院提起附带民事诉讼的，人民法院也可以受理。因此，B项错误。根据《高法解释》第96条的规定可知，并非法院审理的所有的刑事附带民事诉讼的案件都可以进行调解，是存在例外情况的，即人民检察院提起的不能进行调解。因此，C项说法不严谨，不选。另外，附带民事诉讼经调解达成协议并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应当记入笔录。因此，D项错误。

2. (四川2008-2-33) 在一起伤害案中，附带民事诉讼的原告人甲在法庭审理过程中，未经法庭许可中途退庭。法院应如何处理？

- A. 用传票传唤甲至法庭
- B. 将甲拘传至法庭
- C. 延期审理
- D. 按甲自行撤诉处理

答案：D。

解析：本题考查附带民事诉讼中原告缺席时的处理。根据《高法解释》第98条的规定，本题的正确答案是D。

### 重点法条

第七十九条 期间以时、日、月计算。

期间开始的时和日不算在期间以内。

法定期间不包括路途上的时间。上诉状或者其他文件在期满前已经交邮的，不算过期。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第八十条 当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后五日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。

前款申请是否准许，由人民法院裁定。

#### 《高法解释》

第一百零三条 期间以时、日、月计算。期间开始的时和日不计算在期间以内；计算法定期间时，应当将路途上的时间扣除；期间的最后一日为节假日的，以节假日后的第一日为期间届满日期。但对于被告人或者罪犯的在押期间，应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限。

当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限，依法申请继续进行应当在期限届满以前完成的诉讼活动，人民法院查证属实后，应当裁定准许。

以月计算的期限，自本月某日至下月某日为一个，如本月1日收案至下一个月1日、本月最后一日至下一个月最后一日为一个月的审理期限；半月一律按15日计算期限。

#### 《六部委规定》

29. 关于刑事诉讼中期间的计算，期间的最后一日为节假日的，以节假日后的第一日为期间届满日期。



但对于犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在押期间，应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限至节假日后的第一日。

## 法条精解

以上法条规定的是刑事诉讼中的期间、日期和期限的有关问题。

刑事诉讼中的期间，是指公安机关、人民检察院、人民法院，以及当事人和其他诉讼参与人分别进行一定的刑事诉讼活动所必须遵守的时间期限。期日，是指公安司法人员和诉讼参与人共同进行刑事诉讼活动的时间。有以下知识点需要掌握：

### 1. 开始的时、日不计算在期间内

以月计算的，从本月某日到下月某日为一个半月；半月一律按 15 日计算期限。

注意：期间最后一日为节假日的，以节假日后第一日为期间届满日期，但是如果犯罪嫌疑人、被告人在押，不得因为节假日而延长在押时间。

### 2. 期间恢复的适用条件

(1) 由于不能抗拒的原因或者其他正当理由耽误。

(2) 在障碍消除后 5 日内提出申请。

(3) 申请人只能是诉讼当事人。

(4) 向有关人民法院提出申请，是否准许，由受理申请的法院裁定。

### 3. 期间重新计算的情形

(1) 在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起重新计算侦查羁押期限。

(2) 补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。

(3) 人民法院改变管辖的案件，从改变后的人民法院收到案件之日起计算审理期限。

(4) 人民检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限。

(5) 第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，原审人民法院从收到发回的案件之日起，重新计算审理期限。

(6) 简易程序转换为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起重新计算。人民检察院审查起诉的期限从收到人民法院退回案件材料之日起计算。

### 4. 期间不计入的情形

(1) 犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算。

(2) 中止审理的期间。

(3) 对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。但是，其他鉴定时间都应当计入办案期限。

## 真题示例

1. (2008-2-22) 根据《刑事诉讼法》及有关司法解释的规定，下列哪一项办案期限是不能重新计算的？

- A. 补充侦查完毕后的审查起诉期限
- B. 发现犯罪嫌疑人另有重要罪行后的侦查羁押期限
- C. 处理当事人回避申请后的法庭审理期限
- D. 检察院补充侦查完毕移送法院继续审理的审理期限

答案：C。

解析：本题考查期间的重新计算。根据《刑事诉讼法》第 140 条第 3 款的规定，A 不当选。根据《刑事诉讼法》第 128 条的规定，B 不当选。根据《刑事诉讼法》第 168 条第 2 款的规定，D 不当选。又据《刑事诉讼法》第 165 条和《高法解释》第 156 条的规定，提出回避申请的应该延期审理，对于延期审理的情形，在延期审理的情形消失后，应该是接着计算审限。但是，延期审理的时间不计入审限。本题正确答案是 C。

2. (2004-2-90) 何某不服一审人民法院以故意伤害罪判处其 12 年有期徒刑的判决，但又因故耽误上诉期限。障碍消除后，何某申请继续进行应当在期满前完成的上诉活动，必须满足什么条件？

- A. 何某耽误期间是由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由
- B. 在障碍消除后 5 日内何某提出上诉





C. 继续应当在期满以前提出上诉的申请, 需要由辩护人为其提出

D. 经人民法院查证属实, 裁定允许

答案: ABD。

解析: 本题考查的是期间的耽误。《刑事诉讼法》第 80 条明确规定, 当事人由于不能抗拒的原因或者其他正当理由而耽误期限的, 在障碍消除后 5 日以内, 可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。前款申请是否准许, 由人民法院裁定。所以本题答案为 ABD。

## 重点法条

第八十一条 送达传票、通知书和其他诉讼文件应当交给收件人本人; 如果本人不在, 可以交给他的成年家属或者所在单位的负责人员代收。

收件人本人或者代收人拒绝接收或者拒绝签名、盖章的时候, 送达人可以邀请他的邻居或者其他见证人到场, 说明情况, 把文件留在他的住处, 在送达证上记明拒绝的事由、送达的日期, 由送达人签名, 即认为已经送达。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第一百零四条 送达诉讼文书必须有送达回证。收件人本人应当在送达回证上记明收到的日期, 并且签名或者盖章。如果本人不在, 可以由其成年家属或者所在单位负责收件人员代收, 代收人应当在送达回证上记明收到的日期, 并且签名或者盖章。

收件人本人或者代收人在送达回证上签收的日期为送达的日期。

如果收件人本人或者代收人拒绝接收或者拒绝签名、盖章, 送达人可以邀请见证人到场, 说明情况, 在送达回证上记明拒收的事由和日期, 由送达人、见证人签名或者盖章, 并将诉讼文书留在收件人或者代收人住处或者单位后, 即视为送达。

第一百零五条 直接送达诉讼文书有困难的, 可以委托收件人所在地的人民法院代为送达, 或者邮寄送达。

第一百零六条 委托送达的, 应当将委托函、委托送达的诉讼文书及送达回证, 寄送收件人所在地的人民法院。受委托的人民法院收到委托送达的诉讼文书, 应当登记, 并由专人及时送达收件人, 然后将送达回证及时退回委托送达的人民法院。受委托的人民法院无法送达时, 应当将不能送达的原因及时告知委托的人民法院, 并将诉讼文书及送达回证退回。

第一百零七条 邮寄送达的, 应当将诉讼文书、送达回证挂号邮寄给收件人。挂号回执上注明的日期为送达的日期。

第一百零八条 诉讼文书的收件人是军人的, 可以通过所在部队团级以上单位政治部门转交。

收件人正在服刑的, 可以通过所在监狱或者其他执行机关转交。

收件人正在劳动教养的, 可以通过劳动教养单位转交。

代为转交的部门、单位收到诉讼文书后, 应当立即交收件人签收, 并将送达回证及时退回送达的人民法院。

## 法条精解

本部分规定的是刑事诉讼中的送达。刑事诉讼中的送达, 是指人民法院、人民检察院和公安机关依照法定程序和方式, 将诉讼文件送交诉讼参与人、有关机关和单位的诉讼活动。送达是一项有法律意义的诉讼活动, 从形式上看是向收件人交付某种诉讼文件, 实质上是司法机关的告知行为。依照我国《刑事诉讼法》的规定, 我国刑事诉讼中的送达方式有:

1. 直接送达。直接送达是指司法机关派员将诉讼文件直接交给收件人。需要注意的是, 如果收件人本人不在, 由他的成年家属或所在单位的负责收件人员代收, 代收人也应当在送达回证上记明收到日期, 并且签名或者盖章。

2. 留置送达。留置送达是指收件人本人或者代收人拒绝接收诉讼文件或者拒绝签名、盖章时, 送达人员将诉讼文件放置在收件人或代收人的住处的一种送达方式。留置送达必须具备一定条件。找不到收件人, 同时也找不到代收人时, 不能采用留置送达。诉讼文件的留置送达与直接送达具有同样的法律效力。注意: 人民法院的调解书不适用留置送达。



3. 委托送达。委托送达是指承办案件的司法机关委托收件人所在地的司法机关代为送达的一种方式。注意：委托送达适用“谁委托，谁决定”的原则，被委托法院应及时将送达情况告知委托法院，由委托法院决定具体的事项。

4. 邮寄送达。邮寄送达是司法机关将诉讼文件挂号邮寄给收件人的一种送达方式。邮寄送达一般是在直接送达有困难的情况下采用的送达方式。

5. 转交送达。转交送达是指对特殊的收件人由有关部门转交诉讼文件的送达方式。特殊的收件人是指军人、正在服刑的犯人和正在被劳动教养的人。《高法解释》第108条规定了被送达人为特殊身份时送达的具体做法。了解法条规定即可。

## 重点法条

第八十四条 任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。

被害人对其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。

公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。

犯罪人向公安机关、人民检察院或者人民法院自首的，适用第三款规定。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第八十三条 公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围，立案侦查。

第八十五条 报案、控告、举报可以用书面或者口头提出。接受口头报案、控告、举报的工作人员，应当写成笔录，经宣读无误后，由报案人、控告人、举报人签名或者盖章。

接受控告、举报的工作人员，应当向控告人、举报人说明诬告应负的法律后果。但是，只要不是捏造事实，伪造证据，即使控告、举报的事实有出入，甚至是错告的，也要和诬告严格加以区别。

公安机关、人民检察院或者人民法院应当保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全。报案人、控告人、举报人如果不愿公开自己的姓名和报案、控告、举报的行为，应当为他保守秘密。

第八十六条 人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。

## 法条精解

上述法条规定了立案的案件来源、立案的标准以及公安司法机关对案件受理的义务等。

### 1. 刑事司法机关的立案主要来源

(1) 单位或者个人的报案或者举报；

(2) 被害人的报案或者控告；

(3) 犯罪人的自首，刑事诉讼法在立案材料里面指的自首主要是指主动投案；

(4) 自诉人的起诉；

(5) 公安机关或者人民检察院等侦查机关直接发现犯罪事实或者犯罪线索。注意：不包括人民法院，人民法院直接发现犯罪事实或犯罪嫌疑人，要按照立案管辖的规定，将直接发现的事实或犯罪嫌疑人移送主管机关。如果发现的事实或犯罪嫌疑人属于自诉案件的范围，人民法院要等有关自诉人提起自诉以后才能立案受理。

### 2. “报案”、“控告”和“举报”的区别

(1) “报案”仅针对犯罪事实，是指任何单位和个人（含被害人）发现犯罪事实后，向公安机关、人民检察院、人民法院报告请求审查处理的行为，报案人一般为偶然发现犯罪行为或事实，并不知道实施人是谁。

(2) “控告”不仅针对犯罪事实，还包括犯罪嫌疑人，是指受犯罪行为侵害的受害人或其法定代理人、近亲属为了维护被害人的利益，向公安司法机关指控犯罪人及其犯罪事实，请求追究其刑事责任的行为。



(3) “举报”是指与案件无直接利害关系的其他知情人向公安司法机关揭露犯罪事实或嫌疑人的行为。

### 3. 立案的条件

(1) 有犯罪事实。

(2) 依照法律需要追究刑事责任。

必须同时符合这两个条件才能够立案。可见，这两个条件是实质性条件，无论是公诉案件还是自诉案件都要具备这两个条件。

对于自诉案件，还应具备以下几个条件：

(1) 案件必须是属于自诉案件的范围；

(2) 对该自诉案件该人民法院有管辖权；

(3) 起诉的主体符合法律要求，即是否是被害人起诉的，在被害人死亡的情况下，是否由他的近亲属起诉的；

(4) 有明确的被告人、具体的诉讼请求和能够证明被告人犯罪事实的证据。

### 4. 公安司法机关的义务

(1) 公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，即使不属于自己管辖，也有接受的义务，然后再移送主管机关处理，需要采取紧急措施的，还应当先采取紧急措施。

(2) 公安机关、人民检察院或者人民法院有保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全的义务。如果报案人、控告人、举报人不愿公开自己的姓名和报案、控告、举报的行为，应当为他保守秘密。但是，如果其要在法庭上作为证人出庭时，则不能要求姓名保密。

## 真题示例

1. (2009-2-26) 国家机关工作人员李某多次利用职务之便向境外间谍机构提供涉及国家机密的情报，同事赵某发现其行迹后决定写信揭发李某。关于赵某行为的性质，下列哪一选项是正确的？

A. 控告

B. 告诉

C. 举报

D. 报案

答案：C。

**解析：**本题考查报案、控告和举报。A项中，控告是指被害人（包括自诉人和被害单位）就其人身权利、财产权利遭受不法侵害的事实及犯罪嫌疑人的有关情况，向公安司法机关揭露和告发，要求依法追究其刑事责任的诉讼行为。本题赵某并不是被害人，所以A项错误。告诉，针对的是自诉案件，对于自诉案件，被害人有权向人民法院直接起诉。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉。本题并不是自诉案件，赵某也不是自诉人，所以B项错误。举报是指单位和个人对其发现的犯罪事实或者犯罪嫌疑人向公安机关、人民检察院和人民法院进行告发、揭露的行为。赵某的行为属于举报，C项正确。报案是指单位和个人以及被害人发现有犯罪事实发生，但尚不知犯罪嫌疑人为何人时，向公安机关、人民检察院、人民法院告发的行为。本题赵某明确知道犯罪嫌疑人，所以D项错误。

2. (2005-2-31) 某县公安机关收到孙某控告何某对其强奸的材料，经审查后认为何某没有强奸的犯罪事实。县公安机关应当如何处理？

A. 不予立案

B. 要求孙某撤回控告

C. 撤销案件

D. 侦查终结后移送检察院作不起诉决定

答案：A。

**解析：**本题考查的是检察机关审查后的处理。根据《刑事诉讼法》第15条、《公安机关办理刑事案件程序规定》第162条的规定，如果公安机关认为没有犯罪事实，或者犯罪情节显著轻微不需要追究刑事责任，或者具有其他依法不追究刑事责任情形的，则不予立案。

## 重点法条

第八十七条 人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知



后应当立案。

### 【关联法条】

#### 《六部委规定》

7. 刑事诉讼法第八十七条规定：“人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。”根据上述规定，公安机关在收到人民检察院《要求说明不立案理由通知书》后七日内应当将说明情况书面答复人民检察院。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立，发出《通知立案书》时，应当将有关证明应该立案的材料同时移送公安机关。公安机关在收到《通知立案书》后，应当在十五日内决定立案，并将立案决定书送达人民检察院。

#### 《高检规则》

第三百七十七条 对于由公安机关管辖的国家机关工作人员利用职权实施的重大犯罪案件，人民检察院通知公安机关立案，公安机关不予立案的，经省级以上人民检察院决定，人民检察院可以直接立案侦查。

第三百七十八条 对于公安机关不应当立案而立案侦查的，人民检察院应当向公安机关提出纠正违法意见。

### 法条精解

本部分规定的是立案监督。这是司法考试的重点。

立案监督的概念是指人民检察院依法对公安机关的立案活动是否合法进行监督的活动。广义的立案监督还包括其他机关、团体和群众等的监督。具体规定是：

1. 《刑事诉讼法》的有关规定。人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。

2. 《六部委规定》中的具体规定。公安机关在收到人民检察院《要求说明不立案理由通知书》后7日内应当将说明情况书面答复人民检察院。人民检察院认为公安机关不立案的理由不能成立，发出《通知立案书》时，应当将有关证明应该立案的材料同时移送公安机关。公安机关在收到《通知立案书》后，应当在15日内决定立案，并将立案决定书送达人民检察院。

3. 《高检规则》中关于立案监督的具体规定是司法实践中的重要依据。

### 真题示例

(2007-2-35) 辛某到县公安机关报案称其被陈某强奸，公安机关传讯了陈某，陈某称他与辛某是恋爱关系。公安机关遂作出不立案决定，并向辛某送达了不立案通知书。辛某对不立案决定不服而采取的哪一项措施不符合法律规定？

- A. 向该公安机关申请复议
- B. 要求县检察院撤销该不立案决定
- C. 请求该县检察院进行立案监督
- D. 向该县法院提起自诉

答案：B。

解析：本题考查对不立案的救济。根据《刑事诉讼法》第86条的规定，本题中，因为是公安机关不予立案，所以辛某可以请求该公安机关复议，A的做法是正确的。根据《刑事诉讼法》第87条的规定，C的做法是正确的。又据《刑事诉讼法》第170条可知，D的做法是正确的。所以本题中，辛某的做法唯一不正确的是B项，本题答案为B。

### 重点法条

第八十九条 公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。对现行犯或者重大嫌疑分子可以依法先行拘留，对符合逮捕条件的犯罪嫌疑人，应当依法逮捕。





## 【关联法条】

### 《刑事诉讼法》

第九十条 公安机关经过侦查,对有证据证明有犯罪事实的案件,应当进行预审,对收集、调取的证据材料予以核实。

## 法条精解

这是关于公安机关侦查活动的一般性规定。侦查程序是刑事案件的必经程序,是刑事案件立案之后提起公诉之前的一个独立诉讼程序,有着独立的诉讼任务。侦查是发现和揭露犯罪的重要阶段,是提起公诉和审判的基础与前提。侦查行为,是指侦查机关在办理案件过程中,依照法律规定进行的各种专门调查工作,包括讯问犯罪嫌疑人,询问证人、被害人,勘验、检查、搜查,扣押物证、书证等,鉴定以及通缉等。

## 重点法条

第九十二条 对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人,可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问,但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。

传唤、拘传持续的时间最长不得超过十二小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

## 【关联法条】

### 《刑事诉讼法》

第九十一条 讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候,侦查人员不得少于二人。

第九十三条 侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为,让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解,然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利。

第九十四条 讯问聋、哑的犯罪嫌疑人,应当有通晓聋、哑手势的人参加,并且将这种情况记明笔录。

## 法条精解

本法条讲的是讯问犯罪嫌疑人的程序。

1. 讯问主体和人数。讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候,侦查人员不得少于2人。这里的侦查人员不限于公安机关的侦查人员,人民检察院、国家安全机关、军队保卫部门、监狱及海关缉私警察均有侦查权,也属于侦查人员。

2. 讯问的时间和场所。对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人,可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问,但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。传唤、拘传持续的时间最长不得超过12小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。对已经被拘留或逮捕的犯罪嫌疑人,应当在24小时以内进行讯问。

3. 讯问的步骤和方法。应首先讯问其是否犯罪,然后让其陈述无罪的辩解和理由或者交代有罪的事实。对于共同犯罪案件的同案犯罪嫌疑人的讯问,应当分别进行,未被讯问的犯罪嫌疑人不得在场,以防止同案犯串供或者相互影响供述。

4. 对特殊对象的讯问。侦查人员讯问聋哑犯罪嫌疑人,应当有通晓聋哑手势的人参加,并将这种情况在笔录上加以注明;对于不通晓当地通用语言文字的犯罪嫌疑人,讯问时,应当有翻译人员参加;讯问未成年犯罪嫌疑人时,可以通知其法定代理人到场,以保障未成年和生理上有缺陷的犯罪嫌疑人的辩护权充分行使及讯问工作顺利进行。注意区分法条中的“应当”和“可以”。

5. 侦查人员讯问犯罪嫌疑人,必须严格遵守法律规定的程序,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方式进行讯问。犯罪嫌疑人对侦查人员侵犯其诉讼权利的违法行为,有权提出控告;构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。

6. 聘请律师的相关规定。犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问或采取强制措施之日起,可以聘请律师为其提供法律咨询,代理申诉、控告,申请取保候审。

(1) 聘请律师的途径。在侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的,可以自己聘请,也可以由其亲属代为聘请。在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的,看守机关应当及时将其请求转达办理案件的有关侦查机关,侦查机关应当及时向其所委托的人员或者律师事务所转达该项请求。犯罪嫌疑人仅有聘请律师的要求,但提不出具



体对象的，侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。

(2) 涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。所谓涉及国家秘密的案件，是指案情或案件性质涉及国家秘密的案件，不能因刑事案件侦查过程中的有关材料和处理意见需保密而将其作为涉及国家秘密的案件。

(3) 涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。律师提出会见犯罪嫌疑人的，侦查机关应当在48小时内安排会见，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪，组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，侦查机关应当在5日内安排会见。

(4) 在侦查阶段，律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。审查起诉阶段和审判阶段，案件已经侦查终结，辩护律师和其他辩护人会见在押的犯罪嫌疑人、被告人时，人民检察院、人民法院不派员在场。

## 真题示例

(2000-2-74) 贾某因涉嫌诈骗被D县公安机关依法拘传讯问。自被据传之日起，贾某在侦查阶段享有下列哪些诉讼权利？

- A. 自行辩护的权利
- B. 聘请律师提供法律咨询、代理申诉和控告
- C. 另行委托辩护人
- D. 对与本案无关的问题拒绝回答

答案：ABD。

解析：自行辩护权是贯穿于刑事诉讼始终的权利，而公诉案件的委托辩护根据《刑事诉讼法》第33条的规定，只能在移送审查起诉之后行使，在此之前，根据第96条，犯罪嫌疑人享有本题B项之权利，故B项可选，C项不可选。D项依据为《刑事诉讼法》第93条。

## 重点法条

第九十七条 侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示人民检察院或者公安机关的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。

询问证人应当个别进行。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第九十八条 询问证人，应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。

询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场。

第九十九条 本法第九十五条的规定，也适用于询问证人。

第一百条 询问被害人，适用本节各条规定。

#### 《六部委规定》

17. 刑事诉讼法第九十七条规定：“侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行”，“在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言”。侦查人员询问证人，应当依照刑事诉讼法第九十七条的规定进行，不得另行指定其他地点。

## 法条精解

本部分详细阐述了询问证人的程序和方式。

1. 询问证人只能由侦查人员进行。在讯问前，侦查人员应当了解证人的身份、与犯罪嫌疑人的关系等，明确讯问的目的，确定需要查清的问题，做好充分的准备。

2. 侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示人民检院或者公安机关的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。除此之外，不得另行指定其他地点。

3. 询问证人应当分别进行，防止证人之间相互影响，保证证言的真实性。同时应当告知其如实作证，以及作伪证、隐匿证据的法律后果。

4. 询问不满18岁的证人，可以通知他的法定代理人到场。询问的地点可以选择证人熟悉的场所。这样



做的目的是为了保障未成年人的权利、缓解证人的心理压力，达到询问的目的。

5. 询问证人应当首先让证人陈述与犯罪有关的情况，陈述应当是连续、详细的。然后，侦查人员可以根据其叙述的情况和案件的情况进行询问。询问证人必须保证其有提供客观、真实的证言的条件。

6. 应当制作询问笔录。要求与讯问笔录相似。

询问被害人与询问证人的程序相同。需要注意，对于证人和被害人是“询问”，而对于犯罪嫌疑人和被告人则是“讯问”。

### 真题示例

1. (2007-2-31) 在一起受贿案件的侦查过程中，侦查人员获悉，犯罪嫌疑人接受财物时，他家的保姆赵某曾经在场，遂决定对赵某进行调查。本案中，办案机关的下列哪种做法是错误的？

- A. 到赵某的住处进行询问
- B. 到赵某所属的家政公司进行询问
- C. 通知赵某到检察机关提供证言
- D. 通知赵某到公安机关提供证言

答案：D。

解析：本题考查证人询问时的地点。据《刑事诉讼法》第18条的规定可知，本案应当由检察院进行侦查。根据《刑事诉讼法》第97条、《六部委规定》第17条和《高检规则》第159条的规定可知选项ABC正确，故应选D。

2. (2005-2-96) 侦查人员询问证人时，正确的做法是：

- A. 侦查人员甲，询问前向证人介绍了基本案情，告知证人应当如实地提供证言
- B. 侦查人员乙，对拒绝作证的证人进行了拘留，保证了及时收集证据
- C. 侦查人员丙，询问17岁的证人许某时，通知其父到场
- D. 侦查人员丁，同时询问了共同目击证人李某、杨某

答案：C。

解析：本题考查对证人的询问。根据《高检规则》第160条可知，A中的侦查人员甲，询问前向证人介绍了基本案情，告知证人应当如实地提供证言，这就向证人泄露了案情，影响了证言的客观性，因此是不正确的。而且，根据我国法律的规定，证人有意图作伪证或者隐匿罪证要负法律责任，但拒绝作证没有法律后果，因此，B中侦查人员乙对拒绝作证的证人进行拘留是错误的。根据《刑事诉讼法》第98条、《高检规则》第161条的规定，C是正确的。《高检规则》第159条规定，询问证人应当个别进行。这是为了保证证言的客观性，因此，D中的侦查人员丁，同时询问了共同目击证人李某、杨某，显然违反了询问证人的基本规则，是错误的。

3. (2003-2-68) 黄某和刘某是夫妻，其中刘某是哑巴，他们日常生活中用哑语进行交流。一天晚上，他们夫妻二人目睹了犯罪嫌疑人抢劫邻居的全过程。公安机关对他们进行询问，下列有关询问方式的说法中哪些是错误的？

- A. 应当单独询问黄某
- B. 应当单独询问刘某，但可以请黄某在现场对其哑语进行翻译
- C. 应当单独询问刘某，但应当另请懂哑语的人在现场对其哑语进行翻译
- D. 可以将黄某和刘某传唤到指定的某宾馆进行询问

答案：BD。

解析：本题考查对证人的询问。依《刑事诉讼法》第97条和第94条的规定，侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示公安机关或者人民检察院的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到公安机关或者人民检察院提供证言。侦查人员询问证人，不得另行指定其他地点。询问聋、哑证人，应当有通晓聋、哑手势的人作翻译，并将这种情况记入笔录。故选B、D项。

### 重点法条

第一百零一条 侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候，可以指派或者聘请具有专门知识的人，在侦查人员的主持下进行勘验、检查。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百零三条 侦查人员执行勘验、检查，必须持有人民检察院或者公安机关的证明文件。



第一百零四条 对于死因不明的尸体，公安机关有权决定解剖，并且通知死者家属到场。

第一百零五条 为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查。

犯罪嫌疑人如果拒绝检查，侦查人员认为必要的时候，可以强制检查。

检查妇女的身体，应当由女工作人员或者医师进行。

第一百零六条 勘验、检查的情况应当写成笔录，由参加勘验、检查的人和见证人签名或者盖章。

第一百零七条 人民检察院审查案件的时候，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查时，可以要求公安机关复验、复查，并且可以派检察人员参加。

## 法条精解

上述法条规定了勘验与检查的规则和含义。勘验、检查是指侦查人员对与犯罪有关的场所、物品、人身等进行勘验和检验，以发现、收集和固定犯罪活动所遗留下来的各种痕迹和物品的一种侦查行为。勘验、检查的种类和程序有：

1. 现场勘验。指对发生刑事案件或者发现犯罪痕迹的场所进行勘验和检查的一种侦查活动。及时发现和严密保护好现场，是做好勘验工作的前提条件。任何单位和个人，都有义务保护好犯罪现场，并且立即通知公安机关派员勘验。侦查人员接到报案后，应当迅速赶到案发现场，并保护好现场。进行现场勘验时，必须持有公安机关或人民检察院的证明文件，必要时可以指派或聘请具有专门知识的人在侦查人员的主持下进行勘验。为了保证勘验的客观公正性，还应邀请两名与案件无关的见证人在场。

2. 物证检验。指侦查人员对侦查过程中已经收集到的物证和痕迹进行检查和验证，以确定该物证与案件事实之间是否有一种侦查活动。

3. 尸体检验。指侦查人员指派、聘请法医或医师对非正常死亡的尸体进行尸表检验或尸体解剖的一种侦查活动。对于死因不明的尸体，为了确定其死因，经县级以上公安机关负责人批准，可以解剖尸体或开棺检验，并且通知死者家属到场，让其在《解剖尸体通知书》上签名或盖章。死者家属无正当理由拒不到场或者拒绝签名或盖章的，不影响解剖或检验。对于身份不明的尸体，无法通知其家属的，应当在笔录中注明。尸体检验的情况，应当制作笔录，并由侦查人员、法医或医师签名或者盖章。

4. 人身检查。指侦查人员为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，依法对其人身进行检查的一种侦查活动。根据刑事诉讼法的规定，对被害人、犯罪嫌疑人进行人身检查，必须由侦查人员进行。必要时也可以在侦查人员的主持下，聘请法医或医师严格依法进行。对犯罪嫌疑人进行人身检查，如果有必要，可以强制进行。但对被害人的人身检查，应征求其同意，不得强制进行。检查妇女的身体，应当由女工作人员或者医师进行（医师不分男女）。人身检查的情况应当制作笔录，并由侦查人员和进行检查的法医或医师签名或盖章。

5. 侦查实验（详见后文解析）。

6. 复验、复查。人民检察院审查案件的时候，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查时，可以要求公安机关复验、复查，并且可以派检察人员参加。这一程序规定的目的在于提高和保证勘验、检查的质量，防止和制止可能出现差错。同时也是检察机关依法实施侦查监督的形式。复验、复查的情况应制作笔录，并由参加复验、复查的人员签名或者盖章。

## 真题示例

1.（四川 2008-2-73）关于勘验、检查，下列哪些说法是正确的？

- A. 侦查人员执行勘验、检查，必须持有检察院或者公安机关的证明文件
- B. 为了发现犯罪的证据，如果犯罪嫌疑人、被害人拒绝检查的，可以强制检查
- C. 在必要的时候，可以指派或者聘请具有专门知识的人，在侦查人员的主持下进行勘验、检查
- D. 勘验和检查的对象是相同的

答案：AC。

解析：本题考查勘验和检查。根据《刑事诉讼法》第103条的规定，A项说法正确。根据《刑事诉讼法》第105条第2款的规定，对犯罪嫌疑人在必要的时候可以强制检查，但是对于被害人不能强制检查。因此，B项说法错误。根据《刑事诉讼法》第101条的规定，勘验和检查的性质相同，但是对象不同，勘验的对象是现场、物品和尸体，而检查的对象是活人的身体。因此，C项说法正确，D项说法错误。综上，本题的正确答案是AC。





2. (2006-2-68) 为确定强奸案被害人甲受到暴力伤害的情况, 侦查人员拟对她进行人身检查。下列哪些选项是正确的?

- A. 如果甲拒绝检查, 可以对她进行强制检查
- B. 如果甲拒绝检查, 不得对她进行强制检查
- C. 如果甲同意检查, 可以由医师进行检查
- D. 如果甲同意检查, 可以由女工作人员进行检查

答案: BCD。

解析: 本题考查对被害人的检查。根据《刑事诉讼法》第105条第2款、第3款的规定, 强制检查作为一种强制侦查手段, 需要有法律的授权才可实施, 《刑事诉讼法》中只规定对犯罪嫌疑人可以强制检查, 未规定对被害人强制检查, 因而A项错误。

### 重点法条

第一百零八条 为了查明案情, 在必要的时候, 经公安局长批准, 可以进行侦查实验。

侦查实验, 禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

#### 【关联法条】

#### 《高检规则》

第一百七十一条 为了查明案情, 在必要的时候, 经检察长批准, 可以进行侦查实验。

侦查实验, 禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

第一百七十二条 侦查实验, 在必要的时候可以聘请有关人员参加, 也可以要求犯罪嫌疑人、被害人、证人参加。

### 法条精解

本部分规定的是侦查实验。侦查实验, 是指侦查人员为了确定和判明与案件有关的某些事实或行为在某种情况下能否发生或怎样发生, 而按照原有条件实验性重演的一种侦查活动。

为了查明案情, 在必要的时候, 经公安局长批准, 可以进行侦查实验。侦查实验, 禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。侦查实验, 应当由侦查人员进行, 并邀请见证人在场, 在必要时也可聘请具有专门知识的人参加。侦查实验的经过和结果, 应当制作侦查实验笔录, 由参加侦查实验的人员签名或盖章。

需要注意的是, 侦查实验不是独立的侦查行为, 而是勘验、检查的较特殊的方式之一。

### 重点法条

第一百零九条 为了收集犯罪证据、查获犯罪人, 侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百一十一条 进行搜查, 必须向被搜查人出示搜查证。

在执行逮捕、拘留的时候, 遇有紧急情况, 不另用搜查证也可以进行搜查。

第一百一十二条 在搜查的时候, 应当有被搜查人或者他的家属, 邻居或者其他见证人在场。

搜查妇女的身体, 应当由女工作人员进行。

第一百一十三条 搜查的情况应当写成笔录, 由侦查人员和被搜查人或者他的家属, 邻居或者其他见证人签名或者盖章。如果被搜查人或者他的家属在逃或者拒绝签名、盖章, 应当在笔录上注明。

### 法条精解

本部分规定的是搜查。搜查是指侦查人员依法对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者罪证的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜寻、检查的一种侦查行为。搜查的程序是:

1. 搜查的主体只能是侦查机关。其他任何机关、团体和个人都无权对公民人身和住宅进行搜查。搜查的对象和范围, 既可以是犯罪嫌疑人, 也可以是其他可能隐藏罪犯或罪证的人; 既可以对人身进行, 也可以对被搜查人的住处、物品和其他有关场所进行。





2. 搜查时，必须向被搜查人出示搜查证，否则被搜查人有权拒绝搜查。但是，侦查人员在执行逮捕、拘留的时候，遇有紧急情况，不用搜查证也可以进行搜查。紧急情况是指：可能随身携带凶器的；可能隐藏爆炸、剧毒等危险物品的；可能隐匿、毁灭、转移犯罪证据的；可能隐匿其他犯罪嫌疑人的；其他突然发生的紧急情况。

3. 任何单位和个人，都有义务按照公安机关和人民检察院的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料。遇有拒绝者，侦查机关可依法强制提取。

4. 搜查时，应当有被搜查人或其家属、邻居或者其他见证人在场。

5. 搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行（注意与检查妇女身体的区别）。

6. 搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人员或其家属、邻居或者其他见证人签名或盖章。拒绝签名或盖章的，应当注明于笔录。

7. 进行搜查的人员不得少于2人。

### 真题示例

1. （2009-2-27）关于侦查中的检查与搜查，下列哪一说法是正确的？

- A. 搜查的对象可以是活人的身体，检查只能对现场、物品、尸体进行
- B. 搜查只能由侦查人员进行，检查可以由具有专门知识的人在侦查人员主持下进行
- C. 搜查应当出示搜查证，检查不需要任何证件
- D. 搜查和检查对任何对象都可以强制进行

答案：B。

解析：本题考查侦查中检查与搜查的区别。A项说法错误。搜查可以对人身进行，也可以对被搜查人的住处、物品和其他有关场所进行。检查的对象是活人的身体，勘验的对象是现场、物品和尸体。B项说法正确。搜查只能由公安机关或者人民检察院的侦查人员进行，其他任何机关、单位和个人都无权对公民人身和住宅进行搜查。对被害人、犯罪嫌疑人进行人身检查，必须由侦查人员进行。必要时也可以在侦查人员主持下，聘请法医或医师严格依法进行。根据《刑事诉讼法》第103条的规定，C项说法错误。根据《刑事诉讼法》第105条的第2款的规定，D项说法错误。

2. （2004-2-64）某公安机关对涉嫌盗窃罪的钱某及其妻子范某执行拘留时搜查了他们的住处。在搜查时，因情况紧急未用搜查证，但钱某夫妇一直在场。由于没有女侦查人员在场，所以由男侦查人员对钱某、范某的身体进行了搜查。搜查结束时，侦查人员要求被搜查人在搜查笔录上签名时遭到拒绝，侦查人员就此结束搜查活动。该案搜查活动哪些违反法律规定？

- A. 在搜查时因情况紧急未用搜查证
- B. 在搜查时钱某夫妇一直在场
- C. 由男侦查人员对范某的身体进行了搜查
- D. 侦查人员要求被搜查人在搜查笔录上签名遭拒绝后就此结束了搜查活动

答案：CD。

解析：本题考查的是搜查的要求。根据《刑事诉讼法》的规定可知，本题中违法的地方为C、D的做法。

### 重点法条

第一百一十六条 侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报的时候，经公安机关或者人民检察院批准，即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押。

不需要继续扣押的时候，应即通知邮电机关。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百一十四条 在勘验、搜查中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种物品和文件，应当扣押；与案件无关的物品、文件，不得扣押。

对于扣押的物品、文件，要妥善保管或者封存，不得使用或者损毁。

第一百一十五条 对于扣押的物品和文件，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。

第一百一十七条 人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。

犯罪嫌疑人的存款、汇款已被冻结的，不得重复冻结。

第一百一十八条 对于扣押的物品、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款，经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除扣押、冻结，退还原主或者原邮电机关。

第一百九十八条 公安机关、人民检察院和人民法院对于扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。对被害人的合法财产，应当及时返还。对违禁品或者不宜长期保存的物品，应当依照国家有关规定处理。

对作为证据使用的实物应当随案移送，对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。

人民法院作出的判决生效以后，对被扣押、冻结的赃款赃物及其孳息，除依法返还被害人的以外，一律没收，上缴国库。

司法工作人员贪污、挪用或者私自处理被扣押、冻结的赃款赃物及其孳息的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予处分。

### 《六部委规定》

19. 刑事诉讼法第一百一十七条规定：“人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。”根据这一规定，人民检察院、公安机关不能扣划存款、汇款，对于在侦查、审查起诉中犯罪嫌疑人死亡，对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法予以没收或者返还被害人的，可以申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的金融机构上缴国库或者返还被害人。

## 法条精解

本部分规定的是扣押物证、书证。扣押物证、书证是侦查机关依法强行扣留与案件有关的物品、文件的一种侦查行为。扣押物证、书证应严格遵循以下程序：

1. 扣押物证、书证只能由公安机关和检察机关依法进行。扣押既可和勘验、检查一起进行，也可以单独进行。
2. 扣押只限于与查明案件有关的具有证据意义的各种物品、文件，与案件无关的物品、文件不得扣押。
3. 对于扣押的物品、文件，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式两份，由侦查人员、见证人和持有人签名和盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。
4. 对于扣押的物品、文件，要妥善保管或封存，不得使用或损毁。
5. 侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报时，经公安机关或检察机关批准，即可通知邮电机关将有关的邮件、电报扣押。但不需要继续扣押时应立即通知邮电机关。
6. 检察机关、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询犯罪嫌疑人的存款、汇款，为了防止款项转移，检察机关、公安机关还可以依照规定冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。需要指出，冻结存款、汇款与一般意义上的扣押物证、书证虽有共同之处但也有区别。这表现在适用对象不同，也表现在处置方法有异。
7. 对于扣押、冻结的物品、文件、邮件、电报或存款、汇款，经查明，确实与案件无关的，应在3日内解除扣押、冻结，迅速退回原主或原邮电机关。

## 真题示例

1. (2009-2-68) 关于扣押物证、书证，下列哪些做法是正确的？
- A. 侦查人员在搜查钱某住宅时，发现一份能够证明钱某无罪的证据，对此证据予以扣押
- B. 在杜某故意杀人案中，侦查机关依法扣押杜某一些物品和文件。对与案件无关的物品和文件，侦查机关应当在五日内解除扣押、冻结，退还杜某
- C. 公安机关在侦查刘某盗窃案中，可以依照规定查询、冻结刘某的存款、汇款
- D. 在对周某盗窃罪审查起诉中，周某死亡，检察院决定将依法冻结的周某赃款的一部分上缴国库，其余部分返还给被害人

答案：AC。

解析：本题考查刑事诉讼扣押物证、书证的相关规定。根据《刑事诉讼法》第114条的规定，A项正确。据《刑事诉讼法》第118条的规定，B项错误。据《刑事诉讼法》第117条的规定，C项正确。又据



《高法解释》第294条第2款的规定，将犯罪嫌疑人的存款、汇款等上缴国库或者返还被害人的决定权属于法院，而非检察院。因此，D项错误。

2. (2006-2-32) 甲公司向公安机关报案，称高某利用职务便利侵占本公司公款320万元。侦查机关在侦查中发现，高某有存款380万元，利用侵占的公款购买的汽车1部和住房1套，还发现高某私藏军用手子弹120发。公安机关对于上述财物、物品所做的下列哪种处理是错误的？

- A. 扣押汽车1部
- B. 查封住房1套
- C. 扣押子弹120发
- D. 冻结存款380万元

答案：D。

解析：根据《人民检察院扣押、冻结款物工作规定》第2条的规定，高某存款380万元中包括有其合法财产，不能全部冻结。故本题应选D。

## 重点法条

第一百二十条 鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且签名。

对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。

鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百一十九条 为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。

第一百二十一条 侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。

第一百二十二条 对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。

#### 《六部委规定》

18. 刑事诉讼法第一百二十条第二款规定：“对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。”人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。不能另行聘请其他鉴定机构进行补充鉴定或者重新鉴定。

33. 刑事诉讼法第一百二十二条规定：“对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。”根据上述规定，犯罪嫌疑人、被告人在押的案件，除对犯罪嫌疑人、被告人的精神病鉴定时间不计入办案期限外，其他鉴定时间都应当计入办案期限。对于因鉴定时间较长，办案期限届满仍不能终结的案件，自期限届满之日起，应当对被羁押的犯罪嫌疑人、被告人变更强制措施，改为取保候审或者监视居住。

## 法条精解

本部分规定的是鉴定。鉴定是指侦查机关指派或者聘请具有专门知识的人，就案件中的某些专门性问题进行鉴别判断，并作出结论的一种侦查活动。鉴定的程序和要求是：

1. 侦查机关要依法指派或者聘请鉴定人。鉴定人必须是精通某种专门知识而且与本案没有利害关系，或其他不可能影响公正鉴定情况的人。

2. 侦查机关应当为鉴定人进行正确的鉴定提供必要的条件。及时向鉴定人送交有关检验材料和对比样本等原始材料，介绍与鉴定有关的情况，并且提出要求鉴定解决的问题，但不得暗示或者强迫鉴定人作出某种鉴定结论。

3. 鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并签名。几个鉴定人对同一专门问题共同进行鉴定时，可以互相讨论，提出共同的鉴定结论，共同签名。若意见不一致，则可以分别提出自己的鉴定意见，分别签名。鉴定人只能就案件中的专门性问题作出鉴定意见，而无权对案件的法律问题作出评断。

4. 根据《刑事诉讼法》第120条的规定，对人身伤害的医学鉴定有争议而需要重新鉴定或对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人应当写出鉴定结论并且由鉴定人签名，医院还需加盖公章。

5. 人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。不能另行聘





请其他鉴定机构进行补充鉴定或者重新鉴定（参见《六部委规定》第18条）。

6. 侦查机关用做证据的鉴定结论应当告知犯罪嫌疑人、被害人。犯罪嫌疑人、被害人有权提出申请补充鉴定或重新鉴定。

7. 对犯罪嫌疑人、被告人在押的案件，除对犯罪嫌疑人、被告人的精神病鉴定时间不计入办案期限外，其他鉴定时间应当记入办案期限。

### 真题示例

1. （四川2008-2-35）关于侦查中的专门调查工作，下列哪一选项是正确的？

- A. 在执行拘传的时候，不另用搜查证可以进行搜查
- B. 对于死因不明的尸体，公安机关有权决定解剖，并且通知死者家属到场
- C. 对人身伤害的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行
- D. 对犯罪嫌疑人作人身伤害的医学鉴定的期间不计入办案期限

答案：B。

解析：根据《刑事诉讼法》第111条的规定，A项说法错误。《刑事诉讼法》第104条规定，对于死因不明的尸体，公安机关有权决定解剖，并且通知死者家属到场。因此，B项说法正确。根据《刑事诉讼法》第120条第2款的规定可知，对于人身伤害的医学鉴定，只是在需要重新鉴定的时候，才由省级人民政府指定的医院进行，因此，C项说法错误。《刑事诉讼法》第122条规定，对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。据此，只是对于精神病鉴定的期间不计入办案期限，对于人身伤害的医学鉴定期间是计入办案期限的。因此，D项说法错误。综上，本题的正确答案是B。

2. （2004-2-68）某伤害案，提取的血迹经DNA鉴定，系来自被害人身上的血。对于这一鉴定结论，侦查机关应当告知哪些诉讼参与者？

- A. 犯罪嫌疑人
- B. 被害人
- C. 犯罪嫌疑人聘请的律师
- D. 被害人的近亲属

答案：AB。

解析：《刑事诉讼法》第121条明确规定，侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。所以本题答案为AB。

### 重点法条

#### 《高检规则》

第二百一十条 为了查明案情，在必要的时候，检察人员可以让被害人、证人和犯罪嫌疑人对与犯罪有关的物品、文件、尸体进行辨认；也可以让被害人、证人对犯罪嫌疑人进行辨认，或者让犯罪嫌疑人对其他犯罪嫌疑人进行辨认。

对犯罪嫌疑人进行辨认，应当经检察长批准。

#### 【关联法条】

#### 《高检规则》

第二百一十一条 辨认应当在检察人员的主持下进行。在辨认前，应当向辨认人详细询问被辨认人或者被辨认物的具体特征，禁止辨认人见到被辨认人或者被辨认物，并应当告知辨认人有意作假辨认应负的法律后果。

第二百一十二条 几名辨认人对同一被辨认人或者同一物品进行辨认时，应当由每名辨认人单独进行。必要的时候，可以有见证人在场。

第二百一十三条 辨认时，应当将辨认对象混杂在其他人员或者物品之中，不得给予辨认人任何暗示。

辨认犯罪嫌疑人时，受辨认人的人数不得少于五人，照片不得少于五张。

辨认物品时，同类物品不得少于五件，照片不得少于五张。

第二百一十四条 辨认的情况，应当制作笔录，由参加辨认的有关人员签名或者盖章。

第二百一十五条 人民检察院主持进行辨认，可以商请公安机关参加或者协助。

### 法条精解

本部分规定的是辨认。辨认，是指侦查机关为了查明案情，必要时在侦查人员的主持下，由被害人、





犯罪嫌疑人或者证人对与犯罪有关的物品、文件、尸体、场所或者犯罪嫌疑人进行辨别和确认的一种侦查行为。辨认的程序如下：

1. 决定权。公安机关、人民检察院在侦查各自管辖的案件的过程中，需要辨认犯罪嫌疑人时，应当分别经办案部门负责人或者检察长批准。
2. 辨认应当由两名以上的侦查人员主持进行。
3. 为了保证辨认的客观性，应当邀请与案件无关的第三人作为见证人，参加辨认。
4. 辨认应当遵守单一辨认的原则。多名辨认人对一名与案件有关的人进行辨认时，应当分别进行，以免相互之间造成影响，影响辨认的可靠性。同理，一人对多人进行辨认时，也应当分别进行。注意，对人员进行辨认的，公安机关规定不少于7人，检察院规定不少于5人。照片辨认的，公安机关规定不少于10张，检察院规定不少于5张。
5. 被辨认人不愿公开进行的，可以在不暴露辨认人的情况下进行，侦查人员应当为其保密。
6. 辨认的过程和结果应当制成笔录，由侦查人员、见证人和被辨认人签名或者盖章，并注明时间。

## 重点法条

第一百二十三条 应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，公安机关可以发布通缉令，采取有效措施，追捕归案。

各级公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。

### 【关联法条】

#### 《高检规则》

第二百一十六条 人民检察院侦查直接受理的案件，应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，或者已被逮捕的犯罪嫌疑人脱逃的，经检察长批准，可以作出通缉的决定。

第二百一十七条 各级人民检察院需要在本辖区内通缉犯罪嫌疑人的，可以直接决定通缉；需要在本辖区外通缉犯罪嫌疑人的，由有决定权的上级人民检察院决定。

第二百一十八条 人民检察院应当将通缉通知书和通缉犯的照片、身份、特征、案情简况送达公安机关，由公安机关发布通缉令，追捕归案。

## 法条精解

本部分规定的是通缉。通缉，是指公安机关发布通缉令并采取有效措施，将应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人追捕归案的一种侦查行为。通缉的程序和要求如下：

1. 只有公安机关有权发布通缉令。其他任何机关、单位和个人都无权自行发布通缉令。检察院需要追捕在逃的犯罪嫌疑人时，应当由公安机关发布通缉令。
2. 通缉的对象是应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人。具体包括：已批准或决定逮捕和在采取取保候审、监视居住期间逃跑的犯罪嫌疑人；已决定拘留而在逃的犯罪嫌疑人；从被羁押场所逃跑的犯罪嫌疑人；在讯问或者在押期间逃跑的人；越狱逃跑的罪犯等。
3. 应当由县级以上公安机关负责人决定。县级以上的公安机关在自己管辖的地区内，可以直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。
4. 发布悬赏通告的，对于凭举报人举报抓获犯罪嫌疑人或者犯罪人的，应当兑现承诺。
5. 犯罪嫌疑人自首、被击毙或者被抓获并经核实后，原发布机关应当在原通缉、通知、通告范围内，撤销通缉令、边控通知、悬赏通告。

## 真题示例

（2004-2-32）某市人民检察院在办理一起重大贪污案件过程中，决定逮捕犯罪嫌疑人高某。负责执行的公安人员执行逮捕时发现高某已经潜逃，该人民检察院决定通缉高某。该案中，有权发布通缉令的是哪个机关？

- |            |          |
|------------|----------|
| A. 市人民检察院  | B. 市人民法院 |
| C. 市国家安全机关 | D. 市公安机关 |

答案：D。

解析：本题考查的是通缉令的发布主体。应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，公安机关可以发布通缉令。

各级公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。根据《高检规则》第216条、第217条、第218条和第219条的规定，人民检察院侦查直接受理的案件，可以作出通缉的决定。人民检察院应当将通缉通知书和通缉犯的照片、身份、特征、案情简况送达公安机关，由公安机关发布通缉令，追捕归案。人民检察院应当与公安机关积极配合，及时检查监督通缉的执行情况。所以发布通缉令的机关应是公安机关，本题答案为D。

## 重点法条

第一百二十四条 对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过二个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长一个月。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百二十五条 因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。

第一百二十六条 下列案件在本法第一百二十四条规定的期限届满不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以延长二个月：

- (一) 交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；
- (二) 重大的犯罪集团案件；
- (三) 流窜作案的重大复杂案件；
- (四) 犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。

第一百二十七条 对犯罪嫌疑人可能判处十年有期徒刑以上刑罚，依照本法第一百二十六条规定延长期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长二个月。

第一百二十八条 在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起依照本法第一百二十四条的规定重新计算侦查羁押期限。

犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算，但是不得停止对其犯罪行为的侦查取证。对于犯罪事实清楚，证据确实、充分的，也可以按其自报的姓名移送人民检察院审查起诉。

#### 《六部委规定》

32. 根据刑事诉讼法第一百二十八条的规定，公安机关在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行，重新计算侦查羁押期限的，由公安机关决定，不再经人民检察院批准。但须报人民检察院备案，人民检察院可以进行监督。

## 法条精解

本部分规定的是侦查羁押期限。此知识点是司法考试的重点。侦查羁押的期限是指犯罪嫌疑人在侦查中被拘留或逮捕以后到侦查终结的期限。根据《刑事诉讼法》和《六部委规定》的规定，侦查中的羁押期限可以分为一般羁押期限、特殊羁押期限和重新计算的羁押期限三种：

### 1. 一般羁押期限

对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过2个月，这是对一般刑事案件的侦查羁押期限的规定。犯罪嫌疑人在逮捕前被拘留的，拘留的期限不包括在侦查羁押期限之内。

### 2. 特殊羁押期限

(1) 案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长1个月。

(2) 因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。

(3) 下列案件在《刑事诉讼法》第124条规定的期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或决定，可以延长2个月：①交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；②重大的犯罪集团案件；③流窜作案的重大复杂案件；④犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。

(4) 对犯罪嫌疑人可能判处10年有期徒刑以上刑罚，依照《刑事诉讼法》第126条规定延长期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市的人民检察院批准或决定，可以再延长2个月。

公安机关对案件提请延长羁押期限时，应当在羁押期限届满7日前提出，并书面呈报延长羁押期限案





件的主要案情和延长羁押期限的具体理由。人民检察院应当在羁押期限届满前作出决定。最高人民检察院直接立案侦查的案件,符合《刑事诉讼法》第124条、126条和第127条规定的条件,需要延长犯罪嫌疑人侦查羁押期限的,由最高人民检察院决定。

### 3. 重新计算羁押期限

根据《刑事诉讼法》和《六部委规定》的规定,遇有下列情况不计入原有侦查羁押期限,应重新计算羁押期限。

(1) 在侦查期间,发现犯罪嫌疑人另有重要罪行,自发现之日起依照《刑事诉讼法》第124条的规定重新计算侦查羁押期限。公安机关在侦查期间,发现犯罪嫌疑人另有重要罪行,重新计算侦查羁押期限的,由公安机关决定,无需经人民检察院批准。但需报人民检察院备案。

(2) 犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址,身份不明的,侦查羁押期限自查清其身份之日起计算,但不得停止对其犯罪行为的侦查取证。对于犯罪事实清楚,证据确实、充分的,也可以按其自报的姓名移送人民检察院审查起诉。

(3) 对被羁押的犯罪嫌疑人作精神病鉴定的时间,不计入侦查羁押期限,其他鉴定时间则应当计入羁押期限。对于因鉴定时间较长,办案期限届满仍不能终结的案件,自期限届满之日起,应当对被羁押的犯罪嫌疑人变更强制措施,改为取保候审或者监视居住。

## 真题示例

1. (2007-2-30) 张某因涉嫌放火罪被批准逮捕。公安机关在侦查过程中,发现张某另有抢劫罪的重大嫌疑,决定依照刑事诉讼法的规定重新计算羁押期限。关于重新计算羁押期限,下列哪一选项是正确的?

- A. 报同级检察院批准
- B. 报同级检察院备案
- C. 报上一级公安机关批准
- D. 报上一级公安机关备案

答案: B。

解析: 根据《刑事诉讼法》第128条的规定和《六部委规定》第32条的规定可知,本题正确答案是B。

2. (2006-2-33) 黄某住甲市A区,因涉嫌诈骗罪被甲市检察院批准逮捕。由于案情复杂,期限届满侦查不能终结,侦查机关报请有关检察机关批准延长1个月。其后,由于该案重大复杂,涉及面广,取证困难,侦查机关报请有关检察机关批准后,又延长了2个月。但是,延长2个月,仍不能侦查终结,且根据已查明的犯罪事实,对黄某可能判处无期徒刑,侦查机关第三次报请检察院批准再延长2个月。在报请延长手续问题上,下列哪一选项是错误的?

- A. 第一次延长,须经甲市检察院批准
- B. 第二次延长,须经甲市检察院的上一级检察院批准
- C. 第二次延长,须经甲市所属的省检察院批准
- D. 第三次延长,须经甲市所属的省检察院批准

答案: A。

解析: 本题考查羁押期限的延长。根据《刑事诉讼法》第124条和第126条的规定可知本题选A。

3. (2004-2-63) 甲因抢劫被某县公安机关依法逮捕,在侦查期间,甲不讲真实姓名、住址,身份不明。对于该案件,公安机关应当如何处理?

- A. 侦查羁押期间自查清甲真实身份之日起计算
- B. 在查清甲真实身份以前,不允许其聘请律师为他提供法律帮助
- C. 在查清甲真实身份以前,中止侦查活动
- D. 如果犯罪事实清楚,证据确实、充分,可以按甲自报姓名移送县人民检察院审查起诉

答案: AD。

解析: 本题考查对身份不明的犯罪嫌疑人的处理。根据《刑事诉讼法》第128条的规定可知C项错误。犯罪嫌疑人自第一次被讯问或第一次被采取强制措施之日起就可以请律师,所以答案B错误,正确说法为AD。

## 重点法条

第一百二十九条 公安机关侦查终结的案件,应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分,并且写起



诉意见书,连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百三十条 在侦查过程中,发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的,应当撤销案件;犯罪嫌疑人已被逮捕的,应当立即释放,发给释放证明,并且通知原批准逮捕的人民检察院。

第一百三十五条 人民检察院侦查终结的案件,应当作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的决定。

### 法条精解

本部分规定的是侦查终结。侦查终结,是侦查机关对于自己立案侦查的案件,经过一系列的侦查活动,根据应经查明的事实、证据,依照法律规定,足以对案件做出起诉、不起诉或者撤销案件的结论,决定不再进行侦查,并对犯罪嫌疑人做出处理的一种诉讼活动。

#### 1. 侦查终结的条件

公安机关侦查终结的案件,应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分,并且写出起诉意见书,连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。根据侦查规定和实践中的做法,侦查终结的条件是:

(1) 犯罪事实已经查清。这是侦查终结的首要条件。犯罪事实没有查清,侦查不能终结。

(2) 案件的证据确实、充分。这是侦查终结的一个重要条件。证据确实充分是指案件的证据材料来源可靠,经核实无误,证据与案件事实之间的联系,案内各种证据之间能够相互印证,足以确实证明犯罪嫌疑人的行为构成犯罪。

(3) 法律手续完备。它要求侦查机关采取的专门调查工作和有关的强制性措施的各种法律文书及其审批、签字、盖章等手续都是齐全、完整并符合法律规定的。

注意,在侦查过程中,发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的,应当撤销案件;犯罪嫌疑人已被逮捕的,应当立即释放,发给释放证明,并且通知原批准逮捕的人民检察院。

#### 2. 对案件的处理

公安机关、安全机关侦查的案件,侦查终结后,对与犯罪事实、情节清楚,证据确实充分后,依法应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的,应制作《起诉意见书》,然后连同案卷材料、证据一并移送同一级人民检察院审查决定。对于不应当追究刑事责任的,应当撤销案件;犯罪嫌疑人已经被逮捕的,应当立即释放,发给释放证明,并且通知原批准的人民检察院。

注意,侦查过程中,犯罪嫌疑人长期潜逃,采取有效追捕措施仍不能缉拿归案的,或犯罪嫌疑人患有精神病及其他严重疾病不能接受讯问、丧失诉讼行为能力的,经检察长决定,中止侦查。中止侦查的理由和条件消失后,由检察长决定,恢复侦查。

### 真题示例

(2009-2-30) 检察院立案侦查甲刑讯逼供案。被害人父亲要求甲赔偿丧葬费等经济损失。侦查中,甲因病猝死。对于此案,检察院下列哪一做法是正确的?

A. 移送法院以便审理附带民事诉讼部分

B. 撤销案件

C. 决定不起诉

D. 决定不起诉并对民事部分一并作出处理

答案: B。

解析: 本题考查撤销案件的规定。根据《高检规则》第 237 条的规定,犯罪嫌疑人死亡的,人民检察院应当撤销案件,所以 B 项正确。

### 重点法条

第一百三十一条 人民检察院对直接受理的案件的侦查适用本章规定。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百三十三条 人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人,应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候,必须立即释放,发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的,可以取保候审或者监视居住。

第一百三十四条 人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人,认为需要逮捕的,应当在十日以内作





出决定。在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长一日至四日。对不需要逮捕的，应当立即释放；对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

## 法条精解

本部分是关于检察院直接受理案件的侦查活动的规定。人民检察院对直接受理的案件的侦查，是指人民检察院对自己受理的案件，依法进行的专门调查工作和有关的强制性措施。

### 1. 人民检察院的侦查权限

(1) 刑事诉讼法关于侦查的一般规定均适用于人民检察院的自侦案件，但对人民检察院的侦查权限及侦查终结的处理做了一些特殊规定。

(2) 人民检察院直接受理的案件中，符合《刑事诉讼法》第60条、第61条第4项和第5项规定的情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院做出决定，公安机关执行。

(3) 对被拘留的人，应当在拘留后24小时内进行讯问。发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对于需要逮捕而证据不足的，可以取保候审或者监视居住。

(4) 对被拘留的人认为需要逮捕的，应当在10日以内做出决定。在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长1日至4日。对不需要逮捕的，应当立即释放；对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

(5) 最高人民检察院直接立案侦查的案件，符合《刑事诉讼法》第124条、第126条和第127条规定的条件，需要延长犯罪嫌疑人侦查羁押期限的，由最高人民检察院依法决定。人民检察院不能在法定侦查羁押期限内侦查终结的，应当依法释放犯罪嫌疑人或者变更强制措施。

### 2. 人民检察院侦查终结后的处理

人民检察院对侦查终结的案件分别有三种不同的处理方式：提起公诉、不起诉和撤销案件。

(1) 根据《高检规则》第234条、235条、238条的规定，人民检察院经过侦查，认为犯罪事实清楚，证据确实、充分，犯罪性质和罪名认定正确，法律手续完备，依法应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的案件，应当写出侦查终结报告，并且制作《起诉意见书》，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查起诉部门审查。

(2) 对于犯罪情节轻微，依法不需要判处刑罚或者免除刑罚的案件，侦查人员应当写出侦查终结报告，并且制作不起诉意见书。

(3) 在侦查过程中，发现具有下列情形之一的，应当由侦查人员写出撤销案件意见书，经侦查部门负责人审核，报请检察长或者检查委员会决定撤销案件：①具有《刑事诉讼法》第15条规定的情形之一的；②没有犯罪事实，或者依照刑法规定不负刑事责任和不认为是犯罪的；③虽有犯罪事实，但不是犯罪嫌疑人所为的。

## 重点法条

第一百三十六条 凡需要提起公诉的案件，一律由人民检察院审查决定。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百三十七条 人民检察院审查案件的时候，必须查明：

- (一) 犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确；
- (二) 有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；
- (三) 是否属于不应追究刑事责任的；
- (四) 有无附带民事诉讼；
- (五) 侦查活动是否合法。

第一百三十九条 人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。

## 法条精解

本部分规定的是审查起诉。审查起诉是指人民检察院在提起公诉阶段，为了确定经侦查终结的刑事案件是否应当提起公诉，而对侦查机关确认的犯罪事实和证据、犯罪性质和罪名进行审查核实，并作出处理

决定的一项诉讼活动。

### 1. 审查起诉的步骤和方法

(1) 审查起诉案件的受理：①各级人民检察院审查起诉的案件应与人民法院审判管辖相适应。②人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件，应当在7日内进行审查，审查的期限计入审查起诉的期限。

(2) 对起诉意见书以及全部案卷材料和证据进行全面、认真审查。发现疑问，可以向侦查人员询问。审查案卷要认真细致，并应当制作阅卷记录。

(3) 听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人，并应当告知被害人及其法定代理人或者近亲属有权委托诉讼代理人。询问被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人，并听取他们的意见。这也是人民检察院审查起诉的必经程序。

(4) 讯问犯罪嫌疑人。这也是人民检察院审查起诉的必经程序。

(5) 调查核实其他证据。根据《刑事诉讼法》第107条的规定，人民检察院在审查起诉时，对公安机关的勘验检查、进行复验、复查时，可以要求公安机关复验、复查，并且可以派检察人员参加。人民检察院有能力进行勘验、检查的，也可以自行复验、复查。

(6) 补充侦查。此阶段，是指人民检察院对公安机关侦查终结移送起诉的案件，或者对自行侦查终结的案件，在审查起诉中，发现有事实不清、证据不足或者遗漏了罪行或同案人，需要补充进行有关的专门调查等工作的一项诉讼活动。补充侦查的目的在于查清有关事实和证据，以决定是否将犯罪嫌疑人交付人民法院进行审判。

(7) 作出决定。检察人员对案件经过一系列审查活动，查清全部案件事实以后，应当拟写《案件审查意见书》，根据审查具体情况，提出起诉或者不起诉以及是否需要提起附带民事诉讼的意见，报请审查起诉部门负责人审核。审查起诉部门负责人对案件进行审核后，应当提出审核意见，报请检察长或者检察委员会决定起诉或者不起诉。

### 2. 审查起诉的内容

根据《刑事诉讼法》第137条以及相关的司法解释，具体地说，人民检察院审查起诉，必须查明的内容有：

(1) 犯罪嫌疑人身份状况是否清楚，包括姓名、性别、国籍、出生年月日、职业和单位等。

(2) 犯罪事实、情节是否清楚，认定犯罪性质和罪名的意见是否正确；有无法定的从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节；共同犯罪案件的犯罪嫌疑人在犯罪活动中的责任的认定是否恰当；证据是否确实、充分。

(3) 证据材料是否随案移送，不宜移送的证据的清单、复制件、照片或者其他证明文件是否随案移送。

(4) 有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人。人民检察院追诉犯罪应当客观、全面。因此，在审查起诉时，要注意审查有无遗漏犯罪嫌疑人的罪行和其他应当追究刑事责任的人。

(5) 是否属于不应当追究刑事责任的情况。查明犯罪嫌疑人有无不应当追究刑事责任的情形，《刑事诉讼法》第15条对不应当追究刑事责任的几种情形的规定已很明确。

(6) 有无附带民事诉讼。人民检察院在审查起诉时，首先，要审查犯罪嫌疑人的犯罪行为是否给被害人造成了经济损失，被害人是否提起了附带民事诉讼。已提起的，要保护被害人的这项权利，没有提起的，应当主动告知被害人有权提起。其次，还要查明国家、集体的财产是否因犯罪行为而遭受损失，如果造成了损失，人民检察院可以在提起公诉时一并提起附带民事诉讼。

(7) 采取的强制措施是否恰当。如果发现明显不适当的，应立即采取措施加以纠正或弥补。

(8) 侦查活动是否合法。人民检察院在对案件进行审查时，要注意审查侦查人员的侦查活动是否符合法定程序，法律手续是否完备，特别要查明在讯问犯罪嫌疑人和证人的过程中是否有刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据的情况。

(9) 与犯罪有关的财物及其孳息是否扣押、冻结并妥善保管，以供核查。

### 真题示例

(2006-2-69) 某市检察院在审查甲杀人案中，发现遗漏了依法应当移送审查起诉的同案犯罪嫌疑人乙。对此检察院应该如何处理？

- A. 应当建议公安机关对乙提请批准逮捕
- B. 应当建议公安机关对乙补充移送审查起诉
- C. 如果符合逮捕条件，可以直接决定逮捕乙





D. 如果符合起诉条件, 可以直接将甲与乙一并提起公诉

答案: BCD。

解析: 根据《高检规则》第 103 条的规定, BC 项正确。根据《高检规则》第 280 条的规定, D 项正确。故本题应选 BCD。

## 重点法条

第一百三十八条 人民检察院对于公安机关移送起诉的案件, 应当在一个月以内作出决定, 重大、复杂的案件, 可以延长半个月。

人民检察院审查起诉的案件, 改变管辖的, 从改变后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限。

### 【关联法条】

#### 《高检规则》

第二百四十四条 人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件, 应当在七日内进行审查。

人民检察院对公安机关移送审查起诉的案件进行审查的期限, 计入人民检察院审查起诉期限。

## 法条精解

本部分是审查起诉中有关期限的规定。人民检察院对公安机关移送起诉的案件, 应当在 1 个月以内作出决定, 重大、复杂的案件, 可以延长半个月。对于补充侦查的案件, 补充侦查完毕移送人民检察院后, 人民检察院重新计算审查起诉期限。人民检察院审查起诉的案件, 改变管辖的, 从改变后的人民检察院收到案件之日起重新计算审查起诉期限。

在审查起诉过程中, 犯罪嫌疑人潜逃或者患有精神病及其他严重疾病不能接受讯问、丧失诉讼行为能力的, 人民检察院可中止审查。共同犯罪中的部分犯罪嫌疑人潜逃的, 对潜逃的犯罪嫌疑人可中止审查, 对其他犯罪嫌疑人的审查起诉应照常进行。

## 真题示例

(四川 2008-2-70) 关于检察院审查起诉的期限, 下列哪些说法是正确的?

- A. 改变管辖的, 从改变后的检察院收到案件之日起计算
- B. 改变管辖的, 从原审查起诉的检察院移送案件之日起计算
- C. 补充侦查的, 从补充侦查完毕移送检察院后重新计算
- D. 补充侦查的, 从补充侦查完毕之日起重新计算

答案: AC。

解析: 根据《刑事诉讼法》第 138 条第 2 款的规定, A 项说法正确, B 项说法错误。《刑事诉讼法》第 140 条第 3 款规定, 对于补充侦查的案件, 应当在一个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后, 人民检察院重新计算审查起诉期限。因此, C 项说法正确, D 项说法错误。

## 重点法条

第一百四十条 人民检察院审查案件, 可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料。

人民检察院审查案件, 对于需要补充侦查的, 可以退回公安机关补充侦查, 也可以自行侦查。

对于补充侦查的案件, 应当在一个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后, 人民检察院重新计算审查起诉期限。

对于补充侦查的案件, 人民检察院仍然认为证据不足, 不符合起诉条件的, 可以作出不予起诉的决定。

### 【关联法条】

#### 《高检规则》

第二百六十六条 人民检察院认为犯罪事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形, 认为需要补充侦查的, 应当提出具体的书面意见, 连同案卷材料一并退回公安机关补充侦查; 人民检察院也可以自行侦查, 必要时可以要求公安机关提供协助。

第二百六十八条 对于退回公安机关补充侦查的案件, 应当在一个月以内补充侦查完毕。

补充侦查以二次为限。

补充侦查完毕移送审查起诉后, 人民检察院重新计算审查起诉期限。



人民检察院审查起诉部门退回本院侦查部门补充侦查的期限、次数参照前款规定执行。

第二百六十九条 人民检察院在审查起诉中决定自行侦查的，应当在审查起诉期限内侦查完毕。

第二百七十条 人民检察院对已经退回公安机关二次补充侦查的案件，在审查起诉中又发现新的犯罪事实，应当移送公安机关立案侦查；对已经查清的犯罪事实，应当依法提起公诉。

第二百七十一条 对于在审查起诉期间改变管辖的案件，改变后的人民检察院对于符合刑事诉讼法第一百四十二条第二款规定的案件，可以通过原受理案件的人民检察院退回原侦查的公安机关补充侦查，也可以自行侦查。改变管辖前后退回补充侦查的次数总共不得超过两次。

第三百五十条 在审判过程中，对于需要补充提供法庭审判所必需的证据或者补充侦查的，人民检察院应当自行收集证据和进行侦查；必要时可以要求公安机关提供协助。

人民检察院补充侦查，适用本规则第四章、第五章、第七章的规定。

补充侦查不得超过一个月。

## 法条精解

本部分规定的是审查后的补充侦查。补充侦查，是指公安机关或者人民检察院依照法定程序，在原有侦查工作的基础上进行补充收集证据的一种侦查活动。补充侦查并不是每一案件都必须进行的活动，它只适用于事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人案件。补充侦查由人民检察院决定，公安机关或者人民检察实施。

补充侦查包括审查起诉时的补充侦查和法庭审理时的补充侦查。此处仅仅是对审查起诉时的补充侦查的规定。法庭审理时的补充侦查将在后文中加以解析。审查起诉阶段的补充侦查程序是：

1. 人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。

2. 对于补充侦查的案件，应当在1个月以内补充侦查完毕。补充侦查以2次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。

3. 对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以做出不起诉的决定。

注意，改变管辖前后退回补充侦查的次数总共不得超过2次。

## 真题示例

1. (2006-2-34) 叶某涉嫌盗窃罪，甲市公安局侦查终结后移送该市检察院审查起诉。甲市检察院审查后，将该案交A区检察院审查起诉。A区检察院审查后认为需要退回公安机关补充侦查。A区检察院应当如何退回？

A. 应当退回甲市检察院

B. 应当退回甲市公安局

C. 可以退回甲市公安局

D. 应当通过甲市检察院退回甲市公安局

答案：D。

解析：根据《高检规则》第271条的规定，此时可以补充侦查的机关只有A区检察院和甲市公安局，如果要退回甲市公安局补充侦查，应经甲市检察院。所以D项正确。

2. (2006-2-35) 检察院审查案件可以退回公安机关补充侦查。下列关于退回补充侦查的哪一表述是错误的？

A. 退回补充侦查应在一个月以内侦查完成

B. 退回补充侦查以两次为限

C. 审查起诉期间改变管辖的，改变管辖后退回补充侦查的次数不得超过两次

D. 审查起诉期间改变管辖的，改变管辖前后退回补充侦查的次数总共不得超过两次

答案：C。

解析：根据《刑事诉讼法》140条第2款、第3款的规定可知，A、B项正确。又据《高检规则》第271条的规定，D项正确。本题为选非题，故C项入选。

## 重点法条

第一百四十一条 人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。



本部分规定的是审查后的处理方式之一：提起公诉。提起公诉应向同级人民法院提出。人民检察院决定起诉的时候，应当依法按照审判管辖的规定，向同级人民法院提出，不允许越级起诉。如果人民检察院受理不属于同级人民法院管辖的案件，应当分情况报送相应的上级或者移送相应的下级人民检察院，再由它向其同级人民法院提起公诉。

人民检察院提起公诉时，必须具备以下条件：

1. 犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清。在实践中，就具体案件来说，具有下列情形之一，就可以确认犯罪事实已经查清：

(1) 对于单一罪行的案件，查清的事实足以定罪量刑或者与定罪量刑有关的事实已经查清，不影响定罪量刑的事实无法查清的；

(2) 属于数个罪行的案件，部分罪行已经查清并符合起诉条件，其他罪行无法查清的；

(3) 无法查清作案工具、赃物去向，但有其他证据足以对被告人定罪量刑的；

(4) 证人证言、犯罪嫌疑人供述和辩解、被害人陈述的内容中主要情节一致，只有个别情节不一致且不影响定罪的。对于符合第(2)项情形的，应当以已经查清的罪行起诉。

2. 证据确实、充分。证据确实与充分是相互联系、不可分割的两个方面。其中，证据确实，是对证据质的要求，是指用以证明犯罪事实的每一证据必须是客观真实存在的事实，同时又是与犯罪事实有内在联系的，能够证明案件的事实真相；证据充分，是对证据量的要求，只要一定数量的证据足够证明犯罪事实，就达到了证据充分性的要求。

3. 依法应当追究刑事责任。根据《刑法》、《刑事诉讼法》的有关规定，有些犯罪行为为法定不予追究刑事责任的情形。因此，确定对犯罪嫌疑人提起公诉，还必须排除法定不予追究刑事责任的情形。

对犯罪嫌疑人提起公诉，必须同时具备上述三项条件，缺少上述三项条件中的任何一项，都不能对犯罪嫌疑人提起公诉。

## 重点法条

第一百四十二条 犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不起诉决定。

对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。

人民检察院决定不起诉的案件，应当同时对侦查中扣押、冻结的财物解除扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。

### 【关联法条】

#### 《高检规则》

第二百八十八条 人民检察院对于符合刑事诉讼法第十五条规定的情形之一的案件，经检察长决定，应当作出不起诉决定。

第二百八十九条 人民检察院对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，经检察委员会讨论决定，可以作出不起诉决定。

## 法条精解

本部分规定的是审查后的另一处理方式：不起诉。这是司法考试中重点考查的内容。不起诉，是指人民检察院对公安机关侦查终结移送起诉的案件或者对自行侦查终结的案件，经过审查后，认为犯罪嫌疑人具有《刑事诉讼法》第15条规定的不追究刑事责任的情形，或者犯罪嫌疑人的犯罪情节轻微依法不需要判处刑罚或者免除刑罚，或者经两次补充侦查尚未达到起诉条件，而作出的不将案件移送人民法院进行审判的决定。

### 1. 不起诉的种类

(1) 法定不起诉，又称绝对不起诉。法定不起诉，是指人民检察院经审查起诉，发现犯罪嫌疑人具有《刑事诉讼法》第15条规定的不追究刑事责任情形之一的，应当作出不起诉决定。这里规定的“应当作出不起诉决定”，是指人民检察院遇到《刑事诉讼法》第15条规定的情形之一时，只能作出不起诉决定，没有自由裁量权。



根据《刑事诉讼法》第15条的规定，法定不起诉主要有以下几种情形：①犯罪嫌疑人实施的犯罪行为情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的；②犯罪嫌疑人的犯罪经过追溯时效期限的；③犯罪嫌疑人的犯罪经特赦令免除刑罚的；④依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；⑤犯罪嫌疑人、被告人死亡的；⑥其他法律规定免于刑事责任的情形。

(2) 酌定不起诉，又称相对不起诉。酌定不起诉，是指人民检察院经审查起诉，发现犯罪嫌疑人的犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，可以作出不起诉决定。酌定不起诉是人民检察院行使起诉裁量权的表现。

酌定不起诉必须同时具备两个条件：①犯罪嫌疑人实施的犯罪行为触犯了刑法，符合犯罪构成的要件，已经构成犯罪；②犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚。

依照刑法的规定，酌定不起诉的情形主要包括：①犯罪嫌疑人在中华人民共和国领域外犯罪，依照我国刑法规定应当负刑事责任，但在外国已经受过刑事处罚的；②犯罪嫌疑人又聋又哑，或者是盲人犯罪的；③犯罪嫌疑人因防卫过当或者紧急避险超过必要限度，并造成不应有危害而犯罪的；④为犯罪准备工具，制造条件的；⑤在犯罪过程中主动中止或自动有效地防止犯罪结果发生的；⑥在共同犯罪中，起次要或辅助作用的；⑦被胁迫、被诱骗参加犯罪的；⑧犯罪嫌疑人自首或者自首后有立功表现的。

(3) 存疑不起诉，又称证据不足不起诉。存疑不起诉是指人民检察院对于经过补充侦查的案件，仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉决定。

具有下列情形之一，不能确定犯罪嫌疑人构成犯罪和需要追究刑事责任的，属于证据不足，不符合起诉条件：①据以定罪的证据存在疑问，无法查证属实的；②犯罪构成要件事实缺乏必要的证据予以证明的；③据以定罪的证据之间的矛盾不能合理排除的；④根据证据得出的结论具有其他可能性的。

人民检察院根据上述情形作出不起诉决定后，如果发现了新的证据，证明案件符合起诉条件时，可以撤销不起诉决定，提起公诉。

需要注意的是，法定不起诉，由检察长决定；酌定不起诉和存疑不起诉，由检察委员会讨论决定。人民检察院审查起诉时，认为证据不足不符合起诉条件的，可以退回案件的侦查机关或其自行对案件进行补充侦查。第一次补充侦查后，如果人民检察院仍认为证据不足不符合起诉条件的，可以作出不起诉决定，也可以第二次退回补充侦查。第二次补充侦查后仍不具备起诉条件的，只能做不起诉处理。人民检察院作出证据不足不起诉决定的，如果发现了新的证据，案件符合起诉条件时，可以撤销不起诉决定，提起公诉。

## 2. 不起诉的程序

(1) 制作不起诉决定书。凡是不起诉的案件，人民检察院都应当制作《不起诉决定书》。

(2) 不起诉决定书的宣布和送达。依照刑事诉讼法的规定，人民检察院应当公开宣布不起诉决定书，不起诉决定书一经宣布，立即发生法律效力。同时，人民检察院应当将不起诉决定书送达下列单位和人员：①不起诉决定书应当送达被不起诉人及被不起诉人所在的单位。如果被不起诉人在押的，应立即释放。②对于公安机关移送起诉的案件不起诉决定书还应当送达公安机关。③对于有被害人的案件，不起诉决定书还应当送达被害人。

(3) 解除扣押和冻结。人民检察院决定不起诉的案件，需要对侦查中扣押、冻结的财物解除扣押、冻结的，应当书面通知作出扣押、冻结决定的机关或者执行扣押、冻结决定的机关解除扣押、冻结。

在审查起诉中犯罪嫌疑人死亡，对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法予以没收或者返还被害人的，可以申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的金融机构上缴国库或者返还被害人。

(4) 作出其他附带处分或者移送主管机关处理。人民检察院决定不起诉的案件，可以根据案件的不同情况，对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，建议主管机关给予被不起诉人行政处罚或者行政处分。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，连同不起诉决定书一并移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。

## 真题示例

1. (2008-2-36) 关于在审查起诉阶段，犯罪嫌疑人死亡，但对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法没收的，下列哪一选项是正确的？

- A. 由检察院依法作出不起诉的决定，并没收犯罪嫌疑人存款上缴国库，或返还被害人
- B. 由检察院作出撤销案件的决定，并没收犯罪嫌疑人的存款上缴国库，或返还被害人

C. 由检察院作出不起诉的决定,并申请法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款的金融机构上缴国库或返还被害人

D. 由检察院作出撤销案件的决定,并申请法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款的金融机构上缴国库或者返还被害人

**答案:** C。

**解析:** 根据《刑事诉讼法》第 15 条和第 142 条的规定可知,在审查起诉阶段犯罪嫌疑人死亡的,检察院应当作出不起诉的决定,而非作出撤销案件的决定,因此,可以排除 AD,对于违法财产的没收,检察院不能自己直接进行,要移送有关主管机关处理,因此可以排除 B 项。又据《高检规则》第 239 条的规定,参照检察院撤销案件时对没收违法所得的处理程序的规定可知,C 项的说法是正确的。

2. (2008-2-37) 下列哪一案件,在作出不起起诉决定时由检察长决定?

A. 犯罪嫌疑人甲涉嫌故意伤害罪,经鉴定,被害人受到的伤害为轻微伤

B. 犯罪嫌疑人乙涉嫌故意伤害罪,经鉴定,被害人受到的伤害为轻伤,但情节轻微,且被害人希望不追究乙刑事责任

C. 犯罪嫌疑人丙涉嫌非法侵入住宅罪,经查明,丙是因为受到野猪追赶被迫闯入被害人住宅,属于紧急避险

D. 犯罪嫌疑人丁涉嫌偷税罪,案件经过一次退回补充侦查,仍事实不清,证据不足

**答案:** A。

**解析:** 根据《高检规则》第 288 条和第 289 条的规定,A 项是法定不起诉的案件,应当由检察长决定不起诉;B、C、D 三项都应当由检察委员会讨论决定,而不是检察长决定。本题正确答案是 A。

## 重点法条

第一百四十五条 对于有被害人的案件,决定不起诉的,人民检察院应当将不起诉决定书送达被害人。被害人如果不服,可以自收到决定书后七日以内向上一级人民检察院申诉,请求提起公诉。人民检察院应当将复查决定告知被害人。对人民检察院维持不起诉决定的,被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉,直接向人民法院起诉。人民法院受理案件后,人民检察院应当将有关案件材料移送人民法院。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百四十三条 不起诉的决定,应当公开宣布,并且将不起诉决定书送达被不起诉人和他的所在单位。如果被不起诉人在押,应当立即释放。

第一百四十四条 对于公安机关移送起诉的案件,人民检察院决定不起诉的,应当将不起诉决定书送达公安机关。公安机关认为不起诉的决定有错误的时候,可以要求复议,如果意见不被接受,可以向上一级人民检察院提请复核。

第一百四十六条 对于人民检察院依照本法第一百四十二条第二款规定作出的不起诉决定,被不起诉人如果不服,可以自收到决定书后七日以内向人民检察院申诉。人民检察院应当作出复查决定,通知被不起诉的人,同时抄送公安机关。

## 法条精解

本部分规定的是对于不起诉决定的制约和救济。

1. 公安机关对不起诉的制约主要体现在:

(1) 复议。公安机关认为不起诉决定有错误时,可以向作出决定的人民检察院提出复议。人民检察院审查起诉部门应当另行指定检察人员进行审查并提出审查意见,经审查起诉部门负责人审核,报请检察长或者检察委员会决定。人民检察院应当在收到要求复议意见书后 30 日内作出复议决定,通知公安机关。

(2) 复核。如果公安机关认为复议决定有错误,还可以向上一级人民检察院申请复核。上一级人民检察院收到公安机关对不起诉决定提请复核的意见书后,应当交由审查起诉部门办理。审查起诉部门指定检察人员进行审查并提出审查意见,经审查起诉部门负责人审核,报请检察长或者检察委员会决定。上一级人民检察院应当在收到提请复核意见书后的 30 日内作出决定,制作复核决定书送交提请复核的公安机关和下级人民检察院。经复核改变下级人民检察院不起诉决定的,应当撤销下级人民检察院作出的不起诉决定,交由下级人民检察院执行。





## 2. 被害人对不起诉的制约主要体现为:

(1) 申诉。被害人如果对人民检察院作出的不起诉决定不服,可以自收到决定书后7日以内向上一级人民检察院提出申诉,请求提起公诉。上一级人民检察院控告申诉部门应当立案复查。被害人向作出不起诉决定的人民检察院提出申诉的,作出决定的人民检察院应当将申诉材料连同案卷一并报送上一级人民检察院受理。上一级人民检察院对被害人不服不起诉决定的申诉进行复查后,应当在3个月内作出复查决定,案情复杂的,最长不得超过6个月。控告申诉部门应当提出复查意见,报请检察长作出复查决定。复查决定书应当送达被害人和作出不起诉决定的人民检察院。上级人民检察院经复查作出起诉决定的,应当撤销下级人民检察院的不起诉决定,交由下级人民检察院提起公诉,并将复查决定抄送移送审查起诉的公安机关。

(2) 起诉。对人民检察院维持不起诉决定的,被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉,直接向人民法院起诉。被害人又申诉又起诉的,人民检察院应中止复查,向人民法院移送材料。

## 3. 被不起诉人对不起诉的制约主要体现为:

被不起诉人如果对人民检察院作出的酌定不起诉不服(仅限于酌定不起诉,法定不起诉和存疑不起诉不存在被不起诉人的申诉问题),可以自收到不起诉决定书后7日以内向作出决定的人民检察院提出申诉。人民检察院控告申诉部门应当办理。人民检察院控告申诉部门复查后应当提出复查意见,认为应当维持不起诉决定的,报请检察长作出复查决定;认为应当撤销不起诉决定提起公诉的,报请检察长提交检察委员会讨论决定。

需要注意的是,被害人对不起诉决定不服向上一级人民检察院申诉;被不起诉人对酌定不起诉决定不服向作出决定的本级人民检察院申诉。

### 真题示例

#### 1. (2009-2-29) 关于检察院审查起诉,下列哪一选项是正确的?

- A. 认为需要对公安机关的勘验、检查进行复验、复查的,可以自行复验、复查
- B. 发现侦查人员以非法方法收集证据的,应当自行调查取证
- C. 对已经退回公安机关二次补充侦查的案件,在审查起诉中又发现新的犯罪事实的,应当将已侦查的案件和新发现的犯罪一并移送公安机关立案侦查
- D. 共同犯罪中部分犯罪嫌疑人潜逃的,应当中止对全案的审查,待潜逃犯罪嫌疑人归案后重新开始审查起诉

答案:A。

解析:本题考查审查起诉的相关规定;根据《高检规则》第256条的规定,A项说法正确;根据第265条第2款的规定,B项说法错误;根据第270条的规定,C项说法错误;根据第273条第2款的规定,D项说法错误。

#### 2. (2008-2-24) 某看守所干警甲,因涉嫌虐待被监管人乙被立案侦查。在审查起诉期间,A地基层检察院认为甲情节显著轻微,不构成犯罪,遂作不起诉处理。关于该决定,下列哪一选项是正确的?

- A. 公安机关有权申请复议复核
- B. 某甲有权向原决定检察院申诉
- C. 某乙有权向上一级检察院申诉
- D. 申诉后,上级检察院维持不起诉决定的,某乙可以向该地的中级法院提起自诉

答案:C。

解析:虐待被监管人案件属于检察机关立案侦查的范围,而非公安机关立案侦查的案件范围,因此,对于不起诉决定公安机关无权申请复议、复核,因此,A项说法错误,不选。根据《刑事诉讼法》第146条和第303条的规定可知,甲应该向作出不起诉决定的人民检察院申诉,B项说向原决定检察院申诉表述不准确,因此不选。根据《刑事诉讼法》第145条的规定,C项说法正确,D项错误。

#### 3. (2006-2-71) 甲涉嫌过失致人重伤。在审查起诉阶段,检察院认为证据不足,遂作出不起诉决定。如果被害人对不起诉决定不服,依法可以采取下列哪些诉讼行为?

- A. 可以向上一级检察院提起申诉
- B. 可以直接向法院起诉
- C. 向法院起诉后,可以与被告人自行和解
- D. 向法院起诉后,可以请求法院调解

答案:ABC。

解析:根据《刑事诉讼法》第145条的规定,被害人既可以向上一级检察院申诉,也可以直接向法院



起诉，A、B项皆正确。《刑事诉讼法》第172条规定，人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。《刑事诉讼法》第170条第3项规定的案件不适用调解。本案属于第170条第3项的情况，不适用调解。所以此类案件可以和解，但不适用调解，C项正确。本题答案为ABC。

## 重点法条

第一百四十七条 基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。

高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。

人民陪审员在人民法院执行职务，同审判员有同等的权利。

人民法院审判上诉和抗诉案件，由审判员三人至五人组成合议庭进行。

合议庭的成员人数应当是单数。

合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长。院长或者庭长参加审判案件的时候，自己担任审判长。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百四十八条 合议庭进行评议的时候，如果意见分歧，应当按多数人的意见作出决定，但是少数人的意见应当写入笔录。评议笔录由合议庭的组成人员签名。

第一百四十九条 合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，合议庭应当执行。

第二百零二条 最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期执行的案件，应当由审判员三人组成合议庭进行。

#### 《高法解释》

第一百一十二条 开庭审理和评议案件，必须由同一合议庭进行。合议庭成员在评议案件的时候，应当表明自己的意见。如果意见分歧，应当按多数人的意见作出决定，但是少数人的意见应当写入笔录。评议笔录由合议庭的组成人员在审阅确认无误后签名。评议情况应当保密。

第一百一十四条 合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决或者裁定。

对下列疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定：

- （一）拟判处死刑的；
- （二）合议庭成员意见有重大分歧的；
- （三）人民检察院抗诉的；
- （四）在社会上有重大影响的；
- （五）其他需要由审判委员会讨论决定的。

对于合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定的案件，院长认为不必要的，可以建议合议庭复议一次。

独任审判的案件，开庭审理后，独任审判员认为有必要的，也可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

## 法条精解

本部分规定的是刑事审判概述和审判组织。

### 1. 刑事审判

在我国，刑事审判是指人民法院在控辩双方和其他诉讼参与人的参加下，依照法定的程序对于被提交审判的刑事案件进行审理并作出裁判的活动。刑事审判由审理和裁判两部分活动组成。我国《刑事诉讼法》规定了以下几种基本的审判程序：

（1）第一审程序，是指人民法院根据审判管辖的规定，对人民检察院提起公诉和自诉人自诉的案件进行初次审判的程序。包括第一审普通程序和简易程序。



(2) 第二审程序,是指第二审人民法院对上诉、抗诉案件进行审理并且作出裁判的程序。

(3) 特殊案件的复核和核准程序,包括死刑复核程序、根据《刑法》第63条第2款的规定在法定刑以下判处刑罚的案件的复核程序、适用特殊情况假释的核准程序。

(4) 审判监督程序,是指对已经发生法律效力判决或者裁定,发现在认定事实或者适用法律上确有错误的,依法进行重新审判的程序。按照审判监督程序重新审判的案件,如果原来是第一审的案件,应当按照第一审程序进行审判;如果原来是第二审的案件,或者是上级人民法院提审的案件,应当按照第二审程序进行审判。

## 2. 审判组织

这是司法考试的重点考查对象。

审判组织是人民法院审判案件的组织形式。我国人民法院审判刑事案件的组织形式有三种,即独任制、合议制和审判委员会。

### (1) 独任制

由审判员1人独任审判。根据《刑事诉讼法》第147条第1款的规定,独任制仅限于基层人民法院适用简易程序审判的案件。案件审理适用独任制时应注意:①独任庭仅仅适用于基层人民法院;②独任审判仅仅适用于第一审程序中的简易程序;③基层人民法院适用于简易程序审判案件,也不是一律实行独任庭审判;④审判员依法独任审判时,行使与合议庭的审判长同样的职权;⑤独任审判只能由审判员担任,不能是人民陪审员。

### (2) 合议庭

合议庭,又称合议制,是由审判员或者由陪审员和人民审判员组成审判集体,对具体案件进行审判的制度。合议庭的成员应当是单数,组成情况因审理案件的审级不同而不同:

① 一审合议庭的组成方式有两种:一是全部由审判员组成;二是由审判员或人民陪审员共同组成(合议庭中人民陪审员所占人数比例应当不少于1/3)。

基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件的合议庭,应由3人组成;高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件的合议庭,可以由3人至7人组成。

② 中级人民法院以上的各级人民法院审判上诉和抗诉的案件,由审判员3人至5人组成合议庭进行。

③ 最高人民法院和高级人民法院复核死刑案件,高级人民法院复核死刑缓期执行的案件,应当由审判员3人组成合议庭进行。

④ 第二审人民法院发回重新审判的案件,以及人民法院按照审判监督程序重新审判的案件,应当另行组成合议庭进行审理。

需要注意的是,在合议庭中,人民陪审员享有与审判员同样的权利;人民陪审员仅在一审程序中出现,而且即使一审程序也并非必须有陪审员参加。

合议庭的组成必须遵循一定的原则:

① 合议庭的成员应当是单数。

② 合议庭的组成人员,只能是经过合法任命的本院的审判员和在本法院执行职务的人民陪审员担任。

③ 合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长;院长或者庭长参加案件审判的时候,自己担任审判长。人民陪审员不得担任审判长。

④ 在审判员不能参加合议庭的情况下,助理审判员由本院院长提出,经审判委员会通过,可以临时代行审判员职务,并可以担任审判长。注意:审判长原则上只能由审判员担任,而不是助理审判员或者人民陪审员。

⑤ 不得随意更换合议庭成员。最高人民法院2002年8月12日发布的《关于人民法院合议庭工作的若干规定》第3条规定:“合议庭组成人员确定以后,除因回避或者其他特殊情况,不能继续参加案件审理的之外,不得在案件审理过程中更换。更换合议庭成员,应当报请院长或者庭长决定。合议庭成员的更换情况应当及时通知诉讼当事人。”

合议庭的活动也必须遵循一定的原则,具体包括:①开庭审理和评议案件必须由同一合议庭进行。②合议庭成员权力平等(除了人民陪审员不能担任审判长以外)。③审判长最后发表评议意见。④案件评议实行少数服从多数的原则,但少数人的意见应写入笔录。⑤开庭审理并且评议后原则上应当作出裁决。⑥院长、庭长可以对合议庭的评议意见和制作的裁判文书进行审核,但是不得改变合议庭的评议结论。

另外,还要注意书记员、助理审判员与审判组织的关系:





①独任庭、合议庭、审判委员会都应当配有书记员，对审判活动进行记录。书记员不是审判人员，不是独任庭、合议庭、审判委员会等审判组织的组成人员，不能从事审判组织组成人员的工作；如果审判组织的组成人员里有书记员，即审判组织的组成不合法，这是严重的程序违法，这种审判组织作出的一审判决定在二审中将会发回重审。

②助理审判员是法官，属于审判人员。在审判员不能参加合议庭的情况下，助理审判员由本院院长提出，经审判委员会通过，可以临时代行审判员职务，并可以担任审判长。因此，助理审判员可以担任独任审判员、合议庭成员，并可以担任审判长。

### (3) 审判委员会

审判委员会是人民法院内部设立的对审判工作实行集体领导的组织。各级人民法院设立审判委员会，实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。

审判委员会委员由院长提请本级人大常委会任免。审判委员会由院长主持，本级人民检察院检察长可以列席并且对于讨论事项发表意见，但不能参加表决。

审判委员会不同于合议庭，它不直接开庭审理案件，也不对所有的案件进行讨论并且作出决定。根据《刑事诉讼法》第149条的规定，对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

可以提请院长决定提交审判委员会讨论的疑难、复杂、重大的案件包括：①拟判处死刑的；②合议庭成员意见有重大分歧的；③检察院抗诉的；④在社会上有重大影响的；⑤其他需要由审判委员会讨论决定的；⑥独任审判的案件，开庭审理之后，独任审判员认为有必要的，也可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

审判委员会实行民主集中制，各成员享有平等的发言权和表决权。审判委员会讨论案件，应当在合议庭审理的基础之上进行，并且应当充分听取合议庭成员关于审理和评议情况的说明。

审判委员会讨论案件时，如果有意见分歧，按照少数服从多数的原则进行表决，对于少数人的意见，应当记入笔录。审判委员会的决定，合议庭应当执行。但审判委员会讨论决定的案件的判决书和裁定书，仍然应当以审理该案件的合议庭成员的名义发布。

对于合议庭提请院长决定提交审判委员会决定讨论的案件，院长认为不必要的，可以建议合议庭复议一次。

对于审判委员会的决定，合议庭必须执行。合议庭有不同意见的，可以建议院长提交审判委员会复议。

### 真题示例

1. (2009-2-75) 关于合议庭的组成及活动原则，下列哪些选项是正确的？

- A. 在审判员不能参加合议庭时，经院长指定，助理审判员可以临时代行审判员职务担任审判长
- B. 开庭审理和评议案件，必须由同一合议庭进行
- C. 合议庭成员如有意见分歧，应当按照三分之二以上多数作出决定
- D. 经审判委员会讨论决定的案件，合议庭有不同意见时，可以建议院长提交审判委员会复议

答案：BD。

解析：本题考查合议庭的组成及其活动原则。A项中，《法院组织法》第37条第2款规定，助理审判员协助审判员进行工作。助理审判员，由本院院长提出，经审判委员会通过，可以临时代行审判员职务。故A项错误。B项中，开庭审理和评议案件，必须由同一合议庭进行。B项正确。根据《刑事诉讼法》第148条的规定可知C项错误。根据《高法解释》第115条的规定，D项正确。

2. (2009-2-74) 张某系某基层法院陪审员，可以参与审判下列哪些案件？

- A. 所在区基层法院适用简易程序审理的案件
- B. 所在市中级人民法院审理的一审案件
- C. 所在市中级人民法院审理的二审案件
- D. 所在省高级人民法院审理的一审案件

答案：BD。

解析：本题考查陪审员制度。根据《刑事诉讼法》第147条第1款规定，AC项错误，B项正确。《刑事诉讼法》第147条第2款规定，高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员3人至7人或者由审判员和人民陪审员共3人至7人组成合议庭进行。因此，D项正确。

3. (2006-2-70) 下列关于合议庭评议笔录的哪些表述是正确的？



- A. 合议庭意见有分歧的,应当按多数人的意见作出决定并写入笔录
- B. 合议庭意见有分歧的,少数人的意见可以不写入笔录
- C. 持少数意见的合议庭成员,也应当在评议笔录上签名
- D. 合议庭的书记员,应当在评议笔录上签名

答案:AC。

解析:《高法解释》第112条规定,开庭审理和评议案件,必须由同一合议庭进行。合议庭成员在评议案件的时候,应当表明自己的意见。如果意见分歧,应当按多数人的意见作出决定,但是少数人的意见应当写入笔录。故不选B。评议笔录由合议庭的组成人员在审阅确认无误后签名。评议情况应当保密。书记员虽参加合议庭评议,但并不参与意见,且法律并未要求其在评议笔录上签名,因此不选D项。本题正确答案AC。

## 重点法条

第十三条 人民法院审判案件,依照本法实行人民陪审员陪审的制度。

### 【关联法条】

《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》

第四条 公民担任人民陪审员,应当具备下列条件:

- (一) 拥护中华人民共和国宪法;
- (二) 年满二十三周岁;
- (三) 品行良好、公道正派;
- (四) 身体健康。

担任人民陪审员,一般应当具有大学专科以上文化程度。

第五条 人民代表大会常务委员会的组成人员,人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关的工作人员和执业律师等人员,不得担任人民陪审员。

第六条 下列人员不得担任人民陪审员:

- (一) 因犯罪受过刑事处罚的;
- (二) 被开除公职的。

## 法条精解

本部分规定的是我国的陪审制度,即人民陪审员制度。人民陪审员制是人民群众参加国家管理的一种形式,体现了司法民主精神。2004年8月25日,第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》,自2005年5月1日起施行。该《决定》进一步完善了人民陪审员制度,有利于保障公民依法参加审判活动,促进司法公正。

### 1. 陪审的案件范围

人民法院审判下列第一审案件,由人民陪审员和法官组成合议庭进行,适用简易程序审理的案件和法律另有规定的案件除外:

- (1) 社会影响较大的刑事、民事、行政案件;
- (2) 刑事案件被告人、民事案件原告、行政案件原告申请由人民陪审员参加合议庭审判的案件。

### 2. 人民陪审员的条件

公民担任人民陪审员,应当具备下列条件:

- (1) 拥护中华人民共和国宪法;
- (2) 年满23周岁;
- (3) 品行良好、公道正派;
- (4) 身体健康;
- (5) 担任人民陪审员,一般应当具有大专以上文化程度。

### 3. 不得担任人民陪审员的情形

人民代表大会常务委员会的组成人员,人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关的工作人员和执业律师等人员,不得担任人民陪审员。

下列人员不得担任人民陪审员:①因犯罪受过刑事处罚的;②被开除公职的。





#### 4. 人民陪审员的产生与任期

(1) 符合担任人民陪审员条件的公民, 可以由其所在单位或者户籍所在地的基层组织向基层人民法院推荐, 或者本人提出申请, 由基层人民法院会同同级人民政府司法行政机关进行审查, 并由基层人民法院院长提出人民陪审员人选, 提请同级人民代表大会常务委员会任命。

(2) 人民陪审员的名额, 由基层人民法院根据审判案件的需要, 提请同级人民代表大会常务委员会确定。

(3) 人民陪审员的任期为5年。

#### 5. 人民陪审员的职务保障

(1) 依法参加审判活动是人民陪审员的权利和义务。人民陪审员依法参加审判活动, 受法律保护。

(2) 人民法院应当依法保障人民陪审员参加审判活动。人民陪审员所在单位或者户籍所在地的基层组织应当保障人民陪审员依法参加审判活动。

#### 6. 人民陪审员在合议庭中的比例

人民陪审员和法官组成合议庭审判案件时, 合议庭中人民陪审员所占人数比例应当不少于1/3。

#### 7. 人民陪审员的权利

(1) 人民陪审员依法参加人民法院的审判活动, 除不得担任审判长外, 同法官有同等权利。

(2) 人民陪审员参加合议庭审判案件, 对事实认定、法律适用独立行使表决权。

(3) 合议庭评议案件时, 实行少数服从多数的原则。人民陪审员同合议庭其他组成人员意见分歧的, 应当将其意见写入笔录, 必要时, 人民陪审员可以要求合议庭将案件提请院长决定是否提交审判委员会讨论决定。

#### 8. 人民陪审员的回避与职务要求

人民陪审员的回避, 参照有关法官回避的法律规定执行。

人民陪审员参加审判活动, 应当遵守法官履行职责的规定, 保守审判秘密、注重司法礼仪、维护司法形象。

#### 9. 人民陪审员的抽选

(1) 基层人民法院审判案件依法应当由人民陪审员参加合议庭审判的, 应当在人民陪审员名单中随机抽取确定。

(2) 中级人民法院、高级人民法院审判案件依法应当由人民陪审员参加合议庭审判的, 在其所在城市的基层人民法院的人民陪审员名单中随机抽取确定。

#### 10. 人民陪审员的奖励与免除

对于在审判工作中有显著成绩或者有其他突出事迹的人民陪审员, 给予表彰和奖励。

人民陪审员有下列情形之一的, 经所在基层人民法院会同同级人民政府司法行政机关查证属实的, 应当由基层人民法院院长提请同级人民代表大会常务委员会免除其人民陪审员职务:

(1) 本人申请辞去人民陪审员职务的;

(2) 无正当理由, 拒绝参加审判活动, 影响审判工作正常进行的;

(3) 具有本决定第五条、第六条所列情形之一的;

(4) 违反与审判工作有关的法律及相关规定, 徇私舞弊, 造成错误裁判或者其他严重后果的。

人民陪审员有前款第四项所列行为, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

#### 11. 人民陪审员的费用与补助

人民陪审员因参加审判活动而支出的交通、就餐等费用, 由人民法院给予补助。

有工作单位的人民陪审员参加审判活动期间, 所在单位不得克扣或者变相克扣其工资、奖金及其他福利待遇。

无固定收入的人民陪审员参加审判活动期间, 由人民法院参照当地职工上年度平均货币工资水平, 按实际工作日给予补助。

人民陪审员因参加审判活动应当享受的补助, 人民法院和司法行政机关为实施陪审制度所必需的开支, 列入人民法院和司法行政机关业务经费, 由同级政府财政予以保障。

### 真题示例

1. (2007-2-70) 关于人民陪审员, 下列哪些选项是正确的?

A. 各级法院审判第一审刑事案件，均可吸收人民陪审员作为合议庭成员参与审判

B. 一审刑事案件被告人有权申请由人民陪审员参加合议庭审判

C. 执业律师不得担任人民陪审员

D. 高级人民法院审判案件依法应当由人民陪审员参加合议庭审判的，在其所在城市的中级人民法院的人民陪审员名单中随机抽取

**答案：**ABC。

**解析：**根据《刑事诉讼法》第147条第1款可知，不论是基层法院、中级法院、高级法院还是最高法院，只要是第一审刑事案件都可以有人民陪审员参与审判。所以A是正确的。根据《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》第2条、第5条和第14条第2款的规定可知，B、C项是正确的，D项错误。本题的正确选项是ABC。

2. (2005-2-73) 下列哪些人员不得担任人民陪审员？

A. 某甲，司法行政机关工作人员

B. 某乙，曾因盗窃受到刑事处罚

C. 某丙，所学专业为法律专业但只具有大学专科文化程度

D. 某丁，具有大学本科文化程度但所学专业为非法律专业

**答案：**AB。

**解析：**《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》对人民陪审员的任职条件作了正反两方面的规定。第4条作了正面的规定，CD的情况，符合第4条的规定。第5与第6条作了禁止性规定，某乙曾因盗窃受到刑事处罚属于第6条的禁止性规定。

## 重点法条

第一百五十条 人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百五十一条 人民法院决定开庭审判后，应当进行下列工作：

(一) 确定合议庭的组成人员；

(二) 将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭十日以前送达被告人。对于被告人未委托辩护人的，告知被告人可以委托辩护人，或者在必要的时候指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；

(三) 将开庭的时间、地点在开庭三日以前通知人民检察院；

(四) 传唤当事人，通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭三日以前送达；

(五) 公开审判的案件，在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

上述活动情形应当写入笔录，由审判人员和书记员签名。

#### 《高法解释》

第一百一十六条 人民法院对人民检察院提起的公诉案件，应当在收到起诉书（一式八份，每增加一名被告人，增加起诉书五份）后，指定审判员审查以下内容：

(一) 案件是否属于本院管辖；

(二) 起诉书指控的被告人的身份、实施犯罪的时间、地点、手段、犯罪事实、危害后果和罪名以及其他可能影响定罪量刑的情节等是否明确；

(三) 起诉书中是否载明被告人被采取强制措施的种类、羁押地点、是否在案以及有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点；是否列明被害人的姓名、住址、通讯处，为保护被害人而不宜列明的，应当单独移送被害人名单；

(四) 是否附有起诉前收集的证据的目录；

(五) 是否附有能够证明指控犯罪行为性质、情节等内容的主要证据复印件或者照片；

(六) 是否附有起诉前提供了证言的证人名单；证人名单应当分别列明出庭作证和拟不出庭作证的证人的姓名、性别、年龄、职业、住址和通讯处；

(七) 已委托辩护人、代理人的，是否附有辩护人、代理人的姓名、住址、通讯处明确的名单；





- (八) 提起附带民事诉讼的，是否附有相关证据材料；
- (九) 侦查、起诉程序的各种法律手续和诉讼文书复印件是否完备；
- (十) 有无刑事诉讼法第十五条第（二）至（六）项规定的不追究刑事责任的情形。

前款第（五）项中所说的主要证据包括：

- 1. 起诉书中涉及的刑事诉讼法第四十二条规定的证据种类中的主要证据；
- 2. 同种类多个证据中被确定为主要证据的；如果某一类证据中只有一个证据，该证据即为主要证据；
- 3. 作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、防卫过当等证据。

第一百一十七条 案件经审查后，应当根据不同情况分别处理：

（一）对于不属于本院管辖或者被告人不在案的，应当决定退回人民检察院；

（二）对于不符合本解释第一百一十六条第（二）至（九）项规定之一，需要补送材料的，应当通知人民检察院在三日内补送；

（三）对于根据刑事诉讼法第一百六十二条第（三）项规定宣告被告人无罪，人民检察院依据新的事实、证据材料重新起诉的，人民法院应当依法受理；

（四）依照本解释第一百七十七条规定，人民法院裁定准许人民检察院撤诉的案件，没有新的事实、证据，人民检察院重新起诉的，人民法院不予受理；

（五）对于符合刑事诉讼法第十五条第（二）至（六）项规定的情形的，应当裁定终止审理或者决定不予受理；

（六）对于被告人真实身份不明，但符合刑事诉讼法第一百二十八条第二款规定的，人民法院应当依法受理。

第一百一十九条 对于决定开庭审理的案件，人民法院应当进行下列工作：

（一）适用普通程序审理的案件，由院长或者庭长指定审判长并确定合议庭组成人员；适用简易程序审理的案件，由庭长指定审判员一人独任审理；

（二）将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭十日以前送达当事人；

（三）对于未委托辩护人的被告人，告知其可以委托辩护人；对于符合刑事诉讼法第三十四条第二、三款规定的，应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；对于符合刑事诉讼法第三十四条第一款及本解释第三十七条规定的，一般要指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；

（四）通知被告人、辩护人于开庭五日前提供出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单和拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片；

（五）将开庭的时间、地点在开庭三日以前通知人民检察院；

（六）将传唤当事人和通知辩护人、法定代理人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人、翻译人员的传票和通知书，至迟在开庭三日以前送达；

（七）公开审判的案件，在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

人民法院通知公诉机关或者辩护人提供的证人时，如果该证人表示拒绝出庭作证或者按照所提供的证人通讯地址未能通知到该证人的，应当及时告知申请通知该证人的公诉机关或者辩护人。

上述工作情况应当制作笔录，并由审判人员和书记员签名。

第一百二十条 开庭审判前，合议庭可以拟出法庭审理提纲，提纲一般包括下列内容：

- （一）合议庭成员在庭审中的具体分工；
- （二）起诉书指控的犯罪事实部分的重点和认定案件性质方面的要点；
- （三）讯问被告人时需了解的案情要点；
- （四）控辩双方拟出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人名单；
- （五）控辩双方拟当庭宣读、出示的证人书面证言、物证和其他证据的目录；
- （六）庭审中可能出现的问题及拟采取的措施。

第一百二十四条 开庭审理前，书记员应当依次进行下列工作：

- （一）查明公诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭；
- （二）宣读法庭规则；
- （三）请公诉人、辩护人入庭；
- （四）请审判长、审判员（人民陪审员）入庭；
- （五）审判人员就座后，当庭向审判长报告开庭前的准备工作已经就绪。



第一百七十七条 在宣告判决前，人民检察院要求撤回起诉的，人民法院应当审查人民检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。

### 《六部委规定》

36. 根据刑事诉讼法第一百五十条的规定，人民检察院提起公诉的案件，应当向人民法院移送所有犯罪事实的主要证据的复印件或者照片。“主要证据”包括：

- (一) 起诉书中涉及各证据种类中的主要证据；
- (二) 多个同种类证据中被确定为“主要证据”的；
- (三) 作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、正当防卫的证据。

人民检察院针对具体案件移送起诉时，“主要证据”由人民检察院根据以上规定确定。

37. 刑事诉讼法第一百五十条规定：“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。”对于人民检察院提起公诉的案件，人民法院都应当受理。人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判，不得以材料不充足为由而不开庭审判。如人民检察院移送的材料中缺少上述材料的，人民法院可以通知人民检察院补充材料，人民检察院应当自收到通知之日起三日内补送。

人民法院对提起公诉的案件进行审查的期限计入人民法院的审理期限。

## 法条精解

本部分规定的是公诉案件的庭前审查和开庭前的准备。

### 1. 公诉案件庭前审查

公诉案件庭前审查，是指人民法院对人民检察院提起公诉的案件进行庭前审查，以决定是否开庭审判的活动。

对公诉案件的审查，是公诉案件第一审程序中的一个必经阶段。它是一种程序性审查，并不是对案件进行审理，它不解决对被告人的定罪量刑问题。

(1) 审查的内容和方法。根据《高法解释》的规定，人民法院对人民检察院提起的公诉案件，应当在收到起诉书后，指定审判员审查以下内容：

① 案件是否属于本院管辖。

② 起诉书指控的被告人的身份、实施犯罪的时间、地点、手段、犯罪事实、危害后果和罪名以及其他可能影响定罪量刑的情节等是否明确。

③ 起诉书中是否载明被告人被采取强制措施的种类、羁押地点、是否在案以及有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点；是否列明被害人的姓名、住址、通讯处，为保护被害人而不宜列明的应当单独移送被害人名单。

④ 是否附有起诉前收集的证据的目录。

⑤ 是否附有能够证明指控犯罪行为性质情节等内容的主要证据复印件或者照片。“主要证据”包括：起诉书中涉及的《刑事诉讼法》第42条规定的证据种类中的主要证据。同种类多个证据中被确定为主要证据的；如果某一种类证据中只有一个证据，该证据即为主要证据。作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、防卫过当等证据。

⑥ 是否附有起诉前提供了证言的证人名单；证人名单应当分别列明出庭作证和拟不出庭作证的证人的姓名、性别、年龄、职业、住址和通讯处。

⑦ 已委托辩护人、代理人的，是否附有辩护人、代理人的姓名、住址和通讯处的名单；提起附带民事诉讼的，是否附有相关证据材料。

⑧ 侦查、起诉程序的各种法律手续和诉讼文书复印件是否完备。

⑨ 无《刑事诉讼法》第15条第2~6项规定的不追究刑事责任的情形。

⑩ 庭前审查的方法：书面审查，即通过审阅起诉书及所附的证据目录，证人名单，主要证据复印件或照片等材料，并围绕《高法解释》第116条的内容逐项予以审查。

(2) 审查后的处理。对公诉案件进行审查后，应对下列不同情况分别予以处理：

① 对于起诉书有明确的指控犯罪事实，并且附有证据目录，证人名单和主要证据复印件或者照片的，而且各种材料齐全，同时属于该人民法院管辖的，应当决定开庭审理。





- ② 对于不属于本院管辖的或者被告人不在案的，应当决定退回人民检察院。
- ③ 对于需要补送材料的，应当通知检察院在3日内补送。
- ④ 对于因证据不足判决宣告被告人无罪的，检察院依据新的事实、证据材料重新起诉的，人民法院应当依法受理。
- ⑤ 人民法院裁定准许检察院撤诉的案件，没有新的事实、证据，检察院重新起诉的，人民法院不予受理。
- ⑥ 对于符合《刑事诉讼法》第15条第2至第6项规定的情形的，应当裁定中止审理或者决定不予受理。
- ⑦ 对于被告人真实身份不明，但符合《刑事诉讼法》第128条第2款（犯罪事实清楚、证据确实充分）的，人民法院应当依法受理。

（3）审查的期限。对于按照普通程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在7日内审查完毕；对于检察院建议按照简易程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在3日内审查完毕。人民法院对提起公诉的案件进行审查的期限，计入人民法院的审理期限。

## 2. 开庭前的准备

根据《刑事诉讼法》第151条和《高法解释》119条的规定，人民法院对公诉案件决定开庭审判后，应当做好以下准备工作：

- （1）确定合议庭的组成人员，人民法院适用普通程序审理的公诉案件，应当由院长或者庭长指定审判长并确定合议庭组成人员；适用简易程序审理的案件，由庭长指定审判员1人独任审理。
- （2）将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭10日以前送达被告人。对于被告人未委托辩护人的，告知被告人可以委托辩护人，或者在必要的时候为被告人指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。
- （3）通知被告人、辩护人于开庭5日前提供出庭作证的身份、住址、通信处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单和拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片。
- （4）将开庭的时间、地点在开庭3日以前通知人民检察院。
- （5）将传唤当事人和通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人、翻译人员的传票和通知书，至迟在开庭3日以前送达。
- （6）公开审判的案件，在开庭3日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

## 真题示例

1. （2009-2-73）法院对提起公诉的案件进行审查后，下列哪些情形下应当通知检察院补充材料？

- A. 犯罪事实清楚、证据确实充分，但被告人真实身份不明的
- B. 起诉时未移送证据目录的
- C. 证人名单未列明出庭作证和拟不出庭作证的证人的住处和通讯处的
- D. 移送材料中辩护人通讯地址不明确的

答案：BCD。

解析：本题考查应当通知检察院补充材料的情况。根据《高法解释》第116条第4、6、7项及第117条第2项的规定，BCD符合题意。

2. （2008-2-31）法庭在审理被告人某甲入室盗窃案的过程中发现，某甲在实施犯罪过程中，为逃避抓捕曾以暴力伤害被害人。关于法院的做法，下列哪一选项是正确的？

- A. 建议检察机关补充侦查
- B. 建议检察机关变更起诉
- C. 建议检察机关撤回起诉
- D. 应当自行补充侦查

答案：B。

解析：《高法解释》第178条规定，人民法院在审理中发现新的事实，可能影响定罪的，应当建议人民检察院补充或者变更起诉；人民检察院不同意的，人民法院应当就起诉指控的犯罪事实，依照本解释第176条的有关规定依法作出裁判。由此本题正确答案是B。

3. （2008-2-71）某县法院在对杨某绑架案进行庭前审查中，发现下列哪些情形时，应当将案件退回检察机关？

- A. 杨某在绑架的过程中杀害了人质
- B. 杨某在审查起诉期间从看守所逃脱

C. 检察机关移送起诉材料未附证据目录

D. 检察机关移送起诉材料欠缺已经委托辩护人的住址、通讯处

答案：AB。

解析：根据《刑事诉讼法》第20条和《高法解释》第116条的规定，A选项中，绑架过程中杀害人质实际上是可能判处无期徒刑、死刑的案件，应当由中级人民法院管辖，而不能由县人民法院（基层人民法院）管辖，A当选；B项属于被告人不在案的情况，当选，C和D不当选。本题正确答案是AB。

## 重点法条

第一百五十五条 公诉人在法庭上宣读起诉书后，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述，公诉人可以讯问被告人。

被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人，经审判长许可，可以向被告人发问。

审判人员可以讯问被告人。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百五十四条 开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭，宣布案由；宣布合议庭的组成人员、书记员、公诉人、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单；告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避；告知被告人享有辩护权利。

第一百五十七条 公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。

#### 《高法解释》

第一百二十五条 审判长宣布开庭，传被告人到庭后，应当查明被告人的下列情况：

（一）姓名、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业、住址，或者单位的名称、住所地、诉讼代表人的姓名、职务；

（二）是否曾受到过法律处分及处分的种类、时间；

（三）是否被采取强制措施及强制措施的种类、时间；

（四）收到人民检察院起诉书副本的日期；附带民事诉讼的，附带民事诉讼被告人收到民事诉状的日期。

第一百二十六条 审判长宣布案件的来源、起诉的案由、附带民事诉讼原告人和被告人的姓名（名称）及是否公开审理。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

第一百二十七条 审判长宣布合议庭组成人员、书记员、公诉人、辩护人、鉴定人和翻译人员的名单。

第一百二十八条 审判长应当告知当事人、法定代理人在法庭审理过程中依法享有下列诉讼权利：

（一）可以申请合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员回避；

（二）可以提出证据，申请通知新的证人到庭、调取新的证据、重新鉴定或者勘验、检查；

（三）被告人可以自行辩护；

（四）被告人可以在法庭辩论终结后作最后的陈述。

第一百三十条 审判长宣布法庭调查开始后，应当首先由公诉人宣读起诉书；有附带民事诉讼的，再由附带民事诉讼的原告人或者其诉讼代理人宣读附带民事诉状。

第一百三十一条 起诉书指控的被告人的犯罪事实为两起以上的，法庭调查时，一般应当就每一起犯罪事实分别进行。

第一百三十二条 在审判长主持下，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪事实分别进行陈述。

第一百三十三条 在审判长主持下，公诉人可以就起诉书中指控的犯罪事实讯问被告人；被害人及其诉讼代理人经审判长准许，可以就公诉人讯问的情况进行补充性发问；附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者诉讼代理人经审判长准许，可以就附带民事诉讼部分的事实向被告人发问；经审判长准许，被告人的辩护人及法定代理人或者诉讼代理人可以在控诉一方就某一具体问题讯问完毕后向被告人发问。

第一百三十四条 对于共同犯罪案件中的被告人，应当分别进行讯问。合议庭认为必要时，可以传唤共同被告人同时到庭对质。

第一百三十五条 控辩双方经审判长准许，可以向被害人、附带民事诉讼原告人发问。





第一百三十六条 审判长对于控辩双方讯问、发问被告人、被害人和附带民事诉讼原告人、被告人的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当的，应当制止。

对于控辩双方认为对方讯问或者发问的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。

第一百三十七条 审判人员认为有必要时，可以向被告人、被害人及附带民事诉讼原告人、被告人讯问或者发问。

第一百三十八条 对指控的每一起案件事实，经审判长准许，公诉人可以提请审判长传唤证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示证据，宣读未到庭的被害人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人的书面陈述、证言、鉴定结论及勘验、检查笔录；被害人及其诉讼代理人和附带民事诉讼的原告人及其诉讼代理人经审判长准许，也可以分别提请传唤尚未出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示公诉人未出示的证据，宣读未宣读的书面证人证言、鉴定结论及勘验、检查笔录。

第一百五十七条 在庭审过程中，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，合议庭应当同意。但是建议延期审理的次数不得超过两次。

法庭宣布延期审理后，人民检察院在补充侦查的期限内没有提请人民法院恢复法庭审理的，人民法院应当决定按人民检察院撤诉处理。

第一百五十九条 合议庭在案件审理过程中，发现被告人可能有自首、立功等法定量刑情节，而起诉和移送的证据材料中没有这方面的证据材料的，应当建议人民检察院补充侦查。

第一百六十条 合议庭认为本案事实已经调查清楚，应当由审判长宣布法庭调查结束，开始就全案事实、证据、适用法律等问题进行法庭辩论。

## 法条精解

本部分规定的是刑事诉讼活动中重要的程序之一：法庭审判。

### 1. 开庭

根据《高法解释》的规定，开庭审理前，由书记员查明公诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭。需要注意，《六部委规定》第39条明确规定：《刑事诉讼法》第154条规定，开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭，根据上述规定，应当由审判长查明当事人是否到庭，不能规定由书记员查明。在此，应以《六部委规定》为准。

审判长应当告知当事人、法定代理人在法庭审理过程中依法享有下列诉讼权利：

- (1) 可以申请合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员回避。
- (2) 可以提出证据，申请通知新的证人到庭、调取新的证据、重新鉴定或者勘验、检查。
- (3) 被告人可以自行辩护。
- (4) 被告人可以在法庭辩论终结后做最后的陈述。

审判长分别询问当事人、法定代理人是否申请回避，申请何人回避和申请回避的理由。如果当事人、法定代理人申请审判人员、出庭支持公诉的检察人员回避，合议庭认为符合法定情形的，应当依照有关回避的规定处理；认为不符合法定情形的，应当当庭驳回，继续法庭审理。如果申请回避人当庭申请复议，合议庭应当宣布休庭，待作出复议决定后，决定是否继续法庭审理。同意或者驳回申请的决定及复议决定，由审判长宣布，并说明理由。必要时，也可以由院长到庭宣布。

### 2. 法庭调查

法庭调查是指在公诉人、当事人和其他诉讼参与人的参加下，由合议庭主持对案件事实和证据进行调查核实的诉讼活动。法庭调查是案件进入实体审理的一个重要阶段，是法庭审判的中心环节。法庭调查的程序是：

(1) 公诉人宣读起诉书。审判长宣布法庭调查开始后，先由公诉人宣读起诉书，有附带民事诉讼的，再由附带民事诉讼原告人或者其诉讼代理人宣读附带民事诉状。

(2) 被告人、被害人陈述。公诉人宣读起诉书后，在审判长主持下，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪事实分别进行陈述。我国刑事诉讼中不实行缺席审判。

(3) 讯问、发问被告人、被害人：

① 公诉人讯问被告人。在审判长主持下，公诉人可以就起诉书中所指控的犯罪事实讯问被告人。



② 被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人，经审判长许可，可以向被告人发问。附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者诉讼代理人经审判长准许，可以就附带民事诉讼部分的事实向被告人发问。被告人的辩护人及法定代理人或者诉讼代理人可以在控诉一方就某一具体问题讯问完毕后向被告人发问。合议庭认为必要时，可以传唤共同被告人同时到庭对质。

③ 控辩双方经审判长准许，可以向被害人、附带民事诉讼原告人发问。审判长对于控辩双方讯问、发问的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当的，应当制止。对于控辩双方认为对方讯问或发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。对于共同犯罪案件中的被告人，应当分别进行讯问。

④ 审判人员认为必要时，可以讯问、发问被告人、被害人及附带民事诉讼原告人、被告人。

(4) 出示、核实证据。根据刑事诉讼法的规定，证据只有经过当庭查证核实才能成为定案的根据。因此，在讯问、发问当事人以后，应当当庭核查各种证据。

① 询问证人、鉴定人。本部分在后文将予以详解。

② 出示、宣读证据。当庭出示的物证、书证、视听资料等证据，应当先由出示证据的一方就所出示的证据的来源、特征等作必要的说明，然后由另一方进行辨认并发表意见。

公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据，辩护方提出异议的，审判长如认为该证据确有出示的必要，可以准许出示。但应该给辩护方以必要的准备时间。

③ 调取新证据。当事人和辩护人申请通知新的证人到庭、调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验的，应当提供证人的姓名、证据的存放地点，说明所要证明的案件事实、要求重新鉴定或者勘验的理由。

(5) 合议庭调查核实证据。人民法院调查核实证据时，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结，必要时，可以通知检察人员、辩护人到场。

对于公诉人在法庭上宣读、播放未到庭证人的证言的，如果该证人提供过不同的证言，法庭应当要求公诉人将该证人的全部证言在休庭后3日内移交，人民法院审查上述证据材料，发现与庭审调查认定的案件事实有重大出入，可能影响正确裁判的，应当决定恢复法庭调查。

3. 法庭辩论（本部分在后文详述）

4. 被告人最后陈述

被告人最后陈述是法庭审判中一个独立的阶段。审判长宣布法庭辩论终结后，合议庭应当保证被告人充分行使最后陈述的权利，如果被告人在最后陈述中多次重复自己的意见，审判长可以制止；如果陈述内容是蔑视法庭、公诉人、损害他人及社会公共利益或者与本案无关的，应当制止；在公开审理的案件中，被告人最后陈述的内容涉及国家秘密或者个人隐私的，也应当制止。

需要注意的是，被告人在最后陈述中提出了新的事实、证据，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查；如果被告人提出新的辩解理由，合议庭认为确有必要的，可以恢复法庭辩论。

### 真题示例

(2008-2-38) 按照我国《刑事诉讼法》的规定，关于法庭审理活动先后顺序的排列，下列哪一选项的组合是正确的？

①宣读勘验笔录；②公诉人发表公诉词；③讯问被告人；④询问证人、鉴定人；⑤出示物证；⑥被告人最后陈述。

A. ②③⑤④①⑥

B. ③④⑤①②⑥

C. ②④⑤①⑥③

D. ③④①⑤②⑥

答案：B。

解析：根据《刑事诉讼法》第155条的规定，③应该排在最先，排除A和C。根据《刑事诉讼法》第156条第2款，④应该处于第二的顺序；根据《刑事诉讼法》第157条规定，⑤应该排在第三的位置，①应该排在第四的位置，由此排除D选项。根据《刑事诉讼法》第160条规定，②公诉词（即公诉人对证据和案件情况的意见）应该排在第五的位置，⑥排在最后。所以本题正确答案是B。这里公诉词和起诉书不是一回事，请注意区分。

### 重点法条

第一百五十六条 证人作证，审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负





的法律责任。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候，应当制止。

审判人员可以询问证人、鉴定人。

### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第一百三十九条 控辩双方要求证人出庭作证，向法庭出示物证、书证、视听资料等证据，应当向审判长说明拟证明的事实，审判长同意的，即传唤证人或者准许出示证据；审判长认为与案件无关或者明显重复、不必要的证据，可以不予准许。

第一百四十条 被告人、辩护人、法定代理人经审判长准许，可以在起诉一方举证提供证据后，分别提请传唤证人、鉴定人出庭作证，或者出示证据、宣读未到庭的证人的书面证言、鉴定人的鉴定结论。

第一百四十一条 证人应当出庭作证。

符合下列情形，经人民法院准许的，证人可以不出庭作证：

- (一) 未成年人；
- (二) 庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；
- (三) 其证言对案件的审判不起直接决定作用的；
- (四) 有其他原因的。

第一百四十二条 证人到庭后，审判人员应当先核实证人的身份、与当事人以及本案的关系，告知证人应当如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。

证人作证前，应当在如实作证的保证书上签名。

第一百四十三条 向证人发问，应当先由提请传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。

第一百四十四条 鉴定人应当出庭宣读鉴定结论，但经人民法院准许不出庭的除外。鉴定人到庭后，审判人员应当先核实鉴定人的身份、与当事人及本案的关系，告知鉴定人应当如实地提供鉴定意见和有意作虚假鉴定要负的法律后果。

鉴定人说明鉴定结论前，应当在如实说明鉴定结论的保证书上签名。

第一百四十五条 向鉴定人发问，应当先由要求传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。

第一百四十六条 询问证人应当遵循以下规则：

- (一) 发问的内容应当与案件的事实相关；
- (二) 不得以诱导方式提问；
- (三) 不得威胁证人；
- (四) 不得损害证人的人格尊严。

前款规定也适用于对被告人、被害人、附带民事诉讼原告人和被告人、鉴定人的讯问、发问或者询问。

第一百四十七条 审判长对于向证人、鉴定人发问的内容与本案无关或者发问的方式不当的，应当制止。

对于控辩双方认为对方发问的内容与本案无关或者发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。

第一百四十八条 审判人员认为有必要时，可以询问证人、鉴定人。

第一百四十九条 向证人和鉴定人发问应当分别进行。证人、鉴定人经控辩双方发问或者审判人员询问后，审判长应当告其退庭。

证人、鉴定人不得旁听对本案的审理。

### 法条精解

本部分规定的是证人、鉴定人出庭作证的程序及相关规定。询问证人、鉴定人是法庭调查的一个环节，其具体规定为：

1. 证人应当出庭作证。符合下列情形，经人民法院准许的，证人可以不出庭作证：

- (1) 未成年人；
- (2) 庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；
- (3) 其证言对案件的审判不起直接决定作用的；

(4) 有其他原因的。

2. 证人到庭后, 审判人员应当先核实证人的身份、与当事人以及本案的关系, 告知证人应当如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。证人作证前, 应当在如实作证的保证书上签名。

3. 公诉人、辩护人向证人发问的顺序由审判长决定。向证人发问, 应当先由提请传唤的一方进行; 发问完毕后, 对方经审判长准许, 也可以发问。

4. 询问证人应当遵循以下规则:

(1) 发问的内容应当与案件事实相关。

(2) 不得以诱导方式提问。

(3) 不得威胁证人。

(4) 不得损害证人的人格尊严。审判人员在必要时可以询问证人。

(5) 向证人发问应当分别进行, 证人经控辩双方发问或者审判人员询问后, 审判长应当告其退庭, 证人不得旁听对本案的审理。

对鉴定人的询问, 适用以上询问证人的程序和规则。

注意: 对于向对方证人、鉴定人的发问不论是当事人、辩护人、诉讼代理人还是公诉人都必须经过审判长的许可才可以进行, 但是对于向被告人的发问, 被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人必须经过审判长的许可才可以进行, 而公诉人则可以直接向被告人的讯问(发问), 无需申请审判长的许可。

## 重点法条

第一百五十八条 法庭审理过程中, 合议庭对证据有疑问的, 可以宣布休庭, 对证据进行调查核实。

人民法院调查核实证据, 可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百五十九条 法庭审理过程中, 当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭, 调取新的物证, 申请重新鉴定或者勘验。

法庭对于上述申请, 应当作出是否同意的决定。

第一百六十一条 在法庭审判过程中, 如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序, 审判长应当警告制止。对不听制止的, 可以强行带出法庭; 情节严重的, 处以一千元以下的罚款或者十五日以下的拘留。罚款、拘留必须经院长批准。被处罚人对罚款、拘留的决定不服的, 可以向上一级人民法院申请复议。复议期间不停止执行。

对聚众哄闹、冲击法庭或者侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人, 严重扰乱法庭秩序, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

#### 《高法解释》

第一百二十三条 被害人、诉讼代理人、证人、鉴定人经人民法院传唤或者通知未到庭, 不影响开庭审判的, 人民法院可以开庭审理。

第一百五十三条 在法庭调查过程中, 合议庭对于证据有疑问的, 可以宣布休庭, 对该证据进行调查核实。

第一百五十四条 人民法院调查核实证据时, 可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。必要时, 可以通知检察人员、辩护人到场。

第一百五十五条 公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据, 辩护方提出异议的, 审判长如认为该证据确有出示的必要, 可以准许出示。如果辩护方提出对新的证据要做必要准备时, 可以宣布休庭, 并根据具体情况确定辩护方作必要准备的时间。确定的时间期满后, 应当继续开庭审理。

第一百八十四条 在法庭审判过程中, 如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序, 合议庭应当按照下列情形分别处理:

(一) 对于违反法庭秩序情节较轻的, 应当当庭警告制止并进行训诫;

(二) 对于不听警告制止的, 可以指令法警强行带出法庭;

(三) 对于违反法庭秩序情节严重的, 经报请院长批准后, 对行为人处 1000 元以下的罚款或者十五日以下的拘留;

(四) 对于严重扰乱法庭秩序, 构成犯罪的, 应当依法追究刑事责任。

当事人对人民法院罚款、拘留的决定不服, 可以向上一级人民法院申请复议。复议申请可以直接向上





一级人民法院提出，也可以通过作出罚款、拘留决定的人民法院提出。通过作出罚款、拘留决定的人民法院向上一级人民法院申请复议的，该人民法院应当自收到复议申请之日起三日内，将申请人的复议申请、罚款或者拘留决定书和有关事实、证据材料一并报上一级人民法院复议。上一级人民法院复议期间，不停止决定的执行。

### 法条精解

本部分规定的是庭审中特殊情况的处理。在法庭审理过程中，常发生一些特殊情况，主要包括：

1. 核实证据。合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。
2. 通知新证人出庭、调取新证据及重新申请鉴定或勘验。法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。是否同意，由法庭决定。
3. 诉讼参与人缺席。被害人、诉讼代理人、证人、鉴定人经人民法院传唤或者通知未到庭，不影响开庭审判的，人民法院可以开庭审理。
4. 法庭秩序的维护。在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，合议庭应当按照下列情形分别处理：
  - (1) 对于违反法庭秩序情节较轻的，应当当庭警告制止并进行训诫；
  - (2) 对于不听警告制止的，可以指令法警强行带出法庭；
  - (3) 对于违反法庭秩序情节严重的，经报请院长批准后，对行为人处 1000 元以下的罚款或者 15 日以下的拘留；
  - (4) 对于严重扰乱法庭秩序，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

### 真题示例

1. (四川 2008-2-24) 在某伤害案件的审理过程中，合议庭对控方证据有疑问，遂宣布休庭对证据进行调查核实。在调查核实证据时，合议庭不得实施下列哪一种诉讼活动？

- |       |       |
|-------|-------|
| A. 勘验 | B. 检查 |
| C. 搜查 | D. 扣押 |

答案：C。

解析：《高法解释》第 153 条规定，在法庭调查过程中，合议庭对于证据有疑问的，可以宣布休庭，对该证据进行调查核实。第 154 条规定，人民法院调查核实证据时，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。必要时，可以通知检察人员、辩护人到场。由此 C 项是合议庭不得实施的诉讼活动，为本题正确选项。

2. (2006-2-73) 在某案件的法庭审理中，旁听的被害人亲属甲对辩护律师的辩护发言多次表示不满，并站起来指责律师，经审判长多次警告制止无效。法院对甲可以做下列何种处理？

- |                         |                       |
|-------------------------|-----------------------|
| A. 由审判长责令甲具结悔过          | B. 由审判长决定将甲强行带出法庭     |
| C. 甲经法院院长批准对甲处以 500 元罚款 | D. 经法院院长批准对甲处以 20 日拘留 |

答案：BC。

解析：根据《高法解释》第 184 条的规定，A 选项不属于合议庭可采取的措施，D 项拘留期限超出授权范围，本题正确答案为 BC。

### 重点法条

第一百六十条 经审判长许可，公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。审判长在宣布辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。

#### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第一百六十一条 法庭辩论应当在审判长的主持下，按照下列顺序进行：

- (一) 公诉人发言；
- (二) 被害人及其诉讼代理人发言；
- (三) 被告人自行辩护；
- (四) 辩护人辩护；



(五) 控辩双方进行辩论。

第一百六十二条 附带民事诉讼部分的辩论应当在刑事诉讼部分的辩论结束后进行。先由附带民事诉讼原告人及其诉讼代理人发言，然后由被告人及其诉讼代理人答辩。

第一百六十三条 在法庭辩论过程中，审判长对于控辩双方与案件无关、重复或者互相指责的发言应当制止。

第一百六十五条 被告人当庭拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人的，应当同意，并宣布延期审理。

被告人要求人民法院另行指定辩护律师，合议庭同意的，应当宣布延期审理。

重新开庭后，被告人再次当庭拒绝重新委托的辩护人或者人民法院指定的辩护律师为其辩护的，合议庭应当分别情形作出处理：

(一) 被告人是成年人的，可以准许。但被告人不得再另行委托辩护人，人民法院也不再另行指定辩护律师，被告人可以自行辩护；

(二) 被告人具有本解释第三十六条规定情形之一的，不予准许。

依照本解释第一百六十四条、本条第一、二款规定另行委托、指定辩护人或者辩护律师的，自案件宣布延期审理之日起至第十日止，准备辩护时间不计入审限。

第一百六十六条 在法庭辩论过程中，如果合议庭发现新的事实，认为有必要进行调查时，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查，待该事实查清后继续法庭辩论。

第一百六十七条 审判长宣布法庭辩论终结后，合议庭应当保证被告人充分行使最后陈述的权利。如果被告人在最后陈述中多次重复自己的意见，审判长可以制止；如果陈述内容是蔑视法庭、公诉人，损害他人及社会公共利益或者与本案无关的，应当制止；在公开审理的案件中，被告人最后陈述的内容涉及国家秘密或者个人隐私的，也应当制止。

第一百六十八条 被告人在最后陈述中提出了新的事实、证据，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查；如果被告人提出新的辩解理由，合议庭认为确有必要的，可以恢复法庭辩论。

## 法条精解

本部分规定的是法庭辩论。法庭辩论，是在法庭调查的基础上，控诉方与辩护方就被告人的行为是否构成犯罪、犯罪的性质、罪行轻重、证据是否确实、充分，以及如何适用刑罚等问题，进行互相争论和反驳的一种诉讼活动。是庭审活动的环节之一。

法庭辩论应当在审判长的主持下，按照下列顺序进行：

1. 公诉人发言。
2. 被害人及其诉讼代理人发言。
3. 被告人自行辩护。
4. 辩护人辩护。
5. 控辩双方进行辩论。

对附带民事诉讼部分的辩论应当在刑事诉讼部分的辩论结束后进行，其辩论顺序是：先由附带民事诉讼原告人及其诉讼代理人发言，然后由被告人及其诉讼代理人答辩。

在法庭辩论过程中，审判长对于控辩双方与案件无关、重复或者互相指责的发言应当制止。

在法庭辩论过程中，如果合议庭发现新的事实，认为有必要进行调查时，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查。待该事实查清后继续法庭辩论。

## 真题示例

(2008-2-78) 在法庭审理中，控方向法庭出示被告人实施抢劫时所持的匕首。关于该匕首，应当履行的法庭调查程序，下列哪些选项是正确的？

- |            |              |
|------------|--------------|
| A. 让被害人辨认  | B. 让被告人辨认    |
| C. 听取辩护人意见 | D. 听取诉讼代理人意见 |

答案：ABCD。

解析：《刑事诉讼法》第157条规定，公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当



听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。由此,本题正确答案是 ABCD。

重点法条

第一百六十二条 在被告人最后陈述后,审判长宣布休庭,合议庭进行评议,根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定,分别作出以下判决:

- (一) 案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决;
- (二) 依据法律认定被告人无罪的,应当作出无罪判决;
- (三) 证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

【关联法条】

《刑事诉讼法》

第一百六十四条 判决书应当由合议庭的组成人员和书记员署名,并且写明上诉的期限和上诉的法院。

《高法解释》

第一百七十五条 合议庭应当根据已经查明的事实、证据和有关规定,并在充分考虑控辩双方意见的基础上,进行评议,确定被告人是否有罪,应否追究刑事责任;构成何罪,应否处以刑罚;判处何种刑罚;有无从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节;附带民事诉讼如何解决;赃款赃物如何处理等,并依法作出判决。

第一百七十六条 人民法院应当根据案件的具体情形,分别作出裁判:

- (一) 起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人的罪名成立的,应当作出有罪判决;
- (二) 起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的,应当作出有罪判决;
- (三) 案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人无罪的,应当判决宣告被告人无罪;
- (四) 证据不足,不能认定被告人有罪的,应当以证据不足,指控的犯罪不能成立,判决宣告被告人无罪;
- (五) 案件事实部分清楚,证据确实、充分的,应当依法作出有罪或者无罪的判决;事实不清,证据不足部分,依法不予认定;
- (六) 被告人因不满十六周岁,不予刑事处罚的,应当判决宣告被告人不负刑事责任;
- (七) 被告人是精神病人,在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,不予刑事处罚的,应当判决宣告被告人不负刑事责任;
- (八) 犯罪已过追诉时效期限,并且不是必须追诉或者经赦令免除刑罚的,应当裁定终止审理;
- (九) 被告人死亡的,应当裁定终止审理;对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料,能够确认被告人无罪的,应当判决宣告被告人无罪。

第一百七十八条 人民法院在审理中发现新的事实,可能影响定罪的,应当建议人民检察院补充或者变更起诉;人民检察院不同意的,人民法院应当就起诉指控的犯罪事实,依照本解释第一百七十六条的有关规定依法作出裁判。

第一百七十九条 依据本解释第一百一十七条第(三)项规定受理的案件,依法作出判决时,人民法院对于前案依据刑事诉讼法第一百六十二条第(三)项规定作出的判决,不予撤销。但应当在判决中写明:“被告人×××曾于×年×月×日被××人民检察院以××罪向××人民法院提起公诉。因证据不足,指控的犯罪不能成立,被××人民法院依法判决宣告无罪。”

法条精解

本部分规定的是评议和宣判。

1. 判决意见的作出

开庭审理和评议案件,必须由同一合议庭进行。合议庭成员在评议案件的时候,应当表明自己的意见。如果意见分歧,应当按多数人的意见作出,但是少数人的意见应当记入笔录。评议笔录应当由合议庭的组成人员在审阅确认无误后签名。评议情况应当保密。

2. 裁判

评议后,应当根据案件情形,分别作出以下裁判:



- (1) 起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人的罪名成立的，应当作出有罪判决。
- (2) 起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当作出有罪判决。
- (3) 案件事实清楚、证据确实、充分，依据法律认定被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。
- (4) 证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足，指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪。
- (5) 案件事实部分清楚，证据确实、充分的，应当依法作出有罪或者无罪的判决；事实不清，证据不足部分，依法不予认定。
- (6) 被告人因不满 16 周岁，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任。
- (7) 被告人是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，不予刑事处罚的，应当判决被告人不负刑事责任。
- (8) 犯罪已过追诉时效期限，并且不是必须追诉或者经特赦令免除刑罚的，应当裁定终止审理。
- (9) 被告人死亡的，应当裁定终止审理。对于根据已经查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。

几个需要注意的问题：

- (1) 在宣告判决前，人民检察院要求撤回起诉的，人民法院应当审查人民检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。
- (2) 人民法院在审理中发现新的事实，可能影响定罪的，应当建议人民检察院补充材料或者变更起诉；人民检察院不同意的，人民法院应当就起诉指控的犯罪事实，依法作出裁判。
- (3) 对于人民法院曾以“证据不足，不能认定被告人有罪”为由而作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决的案件，人民检察院依据新的事实、证据材料重新起诉，人民法院受理后，经过法庭审理，在依法作出判决时，对于前案作出的无罪判决，不予撤销。

### 3. 判决书的宣告和送达

宣判有当庭宣判和定期宣判两种形式。

当庭宣告判决的，应当宣布判决结果，并在 5 日内将判决书送达当事人、法定代理人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、辩护人和被告人的近亲属；

定期宣告判决的，合议庭应当在宣判前，限期公告宣判的时间和地点，传唤当事人并通知公诉人、法定代理人、诉讼代理人和辩护人；判决宣告后应当立即将判决书送达当事人、法定代理人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、辩护人和被告人的近亲属。判决生效后还应当送达被告人的所在单位或者原户籍所在地的公安派出所。被告人是单位的，应当送达被告人注册登记的工商行政管理机关。

宣告判决，一律公开进行。宣告判决时，法庭内全体人员应当起立。宣判时，公诉人、辩护人、被害人、自诉人或者附带民事诉讼的原告人未到庭的，不影响宣判的进行。

## 真题示例

1. (2009-2-34) 检察院以涉嫌盗窃罪对赵某提起公诉。经审理，法院认为证明指控事实的证据间存在矛盾且无法排除，同时查明赵某年龄认定有误，该案发生时赵某未满 16 周岁。关于本案，法院应当采取下列哪一做法？

- A. 将案件退回检察院
- B. 终止审理
- C. 作证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决
- D. 判决宣告赵某不负刑事责任

答案：C。

解析：本题考查判决的种类。根据《刑事诉讼法》第 162 条的规定，本题属于证据不足，不能认定被告人有罪的情形，故 C 项正确。

2. (四川 2008-2-25) 朱某涉嫌盗窃罪，法庭审理查明其实施盗窃行为时刚满 15 岁。法院应当如何处理？

- A. 退回检察院，建议决定不起诉
- B. 商请检察院撤回起诉
- C. 判决宣告朱某不负刑事责任
- D. 裁定终止审理

答案：C。

解析：《刑法》第 17 条第 2 款规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或



者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。其中不包括盗窃罪。《高法解释》第176条第6项规定，被告人因不满16周岁，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任。由此，选项C是正确的。

## 重点法条

第一百六十五条 在法庭审判过程中，遇有下列情形之一，影响审判进行的，可以延期审理：

- (一) 需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的；
- (二) 检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的；
- (三) 由于当事人申请回避而不能进行审判的。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百六十六条 依照本法第一百六十五条第二项的规定延期审理的案件，人民检察院应当在一个月以内补充侦查完毕。

#### 《高法解释》

第一百六十四条 对于辩护人依照有关规定当庭拒绝继续为被告人进行辩护的，合议庭应当准许。如果被告人要求另行委托辩护人，合议庭应当宣布延期审理，由被告人另行委托辩护人或者由人民法院为其另行指定辩护律师。

第一百八十一条 在审判过程中，自诉人或者被告人患精神病或者其他严重疾病，以及案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，人民法院应当裁定中止审理。

由于其他不能抗拒的原因，使案件无法继续审理的，可以裁定中止审理。

中止审理的原因消失后，应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限。

#### 《高检规则》

第三百四十八条 法庭审理过程中遇有下列情形之一的，公诉人应当要求法庭延期审理：

- (一) 发现事实不清、证据不足，或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人，需要补充侦查或者补充提供证据的；
- (二) 发现遗漏罪行或者遗漏同案犯罪嫌疑人，虽不需要补充侦查和补充提供证据，但需要提出追加或者变更起诉的；
- (三) 需要通知开庭前未向人民法院提供名单的证人、鉴定人或者经人民法院通知而未到庭的证人出庭陈述的。

## 法条精解

本部分规定的是延期审理、中止审理与终止审理。

### 1. 延期审理

延期审理是指在法庭审判过程中，遇有足以影响审判进行的情形时，法庭决定延期审理，待影响审判进行的原因消失后，再行开庭审理。具体情形：

- (1) 需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的。
- (2) 检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的（注意：在《高法解释》中，此情况规定为应当延期，而不是可以延期）。
- (3) 由于当事人申请回避而不能进行审判的。
- (4) 被告人当庭拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人，应当同意，并宣布延期审理。被告人要求人民法院另行指定辩护律师，合议庭同意的，应当宣布延期审理。另行委托、指定辩护人的，自案件宣布延期审理之日起至第10日止，准备辩护的时间不计入审限。
- (5) 对于辩护人依照有关规定当庭拒绝继续为被告人进行辩护的，合议庭应当准许。如果被告人要求另行委托辩护人，合议庭应当宣布延期审理，由被告人另行委托辩护人或者由人民法院为其另行指定辩护律师。
- (6) 人民检察院变更、追加起诉而需要给辩护人必要的时间准备辩护意见的，合议庭也应当决定延期审理。
- (7) 在庭审过程中，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，合议庭应当同意，但是建





议延期审理的次数不得超过2次，每次不超过1个月。法庭宣布延期审理后，人民检察院在补充侦查的期限内没有提请人民法院恢复法庭审理的，人民法院应当决定按人民检察院撤诉处理。

## 2. 中止审理

中止审理是指人民法院在审判案件过程中，因发生某种情况影响了审判的正常进行，而决定暂停审理，待其消失后，再行开庭审理。中止审理适用的法定情形有：

- (1) 自诉人或者被告人患精神病或者其他严重疾病，致使案件在较长的时间内无法继续审理的。
- (2) 案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的。
- (3) 适用简易程序审理的案件，在审理过程中发现有不适宜适用简易程序审理的情形。
- (4) 由于其他不可抗拒的原因，使案件无法继续审理的，可以裁定中止审理。

中止审理的原因消失后，应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限。

## 3. 终止审理

虽然上述法条未规定终止审理，但是作为审判的特殊结案方式之一，也应当掌握。终止审理是指人民法院在审判案件过程中，遇有法律规定的情形使审判不应当或者不需要继续进行时终结案件的诉讼活动。终止审理的法定情形是指《刑事诉讼法》第15条第2至6项所规定的情形：

- (1) 犯罪已过追诉时效期限的。
- (2) 经特赦令免除刑罚的。
- (3) 依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的。

(4) 被告人死亡的。对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。

- (5) 其他法律规定免于追究刑事责任的。

## 真题示例

1. (2008-2-70) 关于刑事案件的延期审理和中止审理，下列哪些说法是正确的？

- A. 延期审理适用于法庭审理过程中，中止审理适用于法院受理案件后至作出判决前
- B. 导致延期审理的原因是庭审自身出现障碍，因而不停止法庭审理以外的诉讼活动，导致中止审理的原因是出现了不能抗拒的情况，使诉讼活动无法正常进行，因而暂停诉讼活动
- C. 延期审理的案件再行开庭的时间具有可预见性，中止审理的案件再行开庭的时间往往无法预见
- D. 不论延期审理还是中止审理，其时间都计入审理期限

答案：ABC。

解析：本题考查延期审理和中止审理的区别。延期审理指在法庭审理过程中，遇有足以影响审判进行的情形时，法庭决定延期审理，待影响审判进行的原因消失后，再行开庭审理。中止审理是指人民法院在审判案件过程中，因发生某种情况影响了案件的正常进行，而决定暂停审理，待其消失后，再行开庭审理。本题中ABC的说法都是正确的，当选。至于D，根据《高法解释》第156条第2款的规定，依照前款规定延期审理的时间不得超过一个月，延期审理的时间不计入审限。该解释第181条第3款规定，中止审理的原因消失后，应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限。由此，D的说法错误，不当选。

2. (2008-2-77) 在下列何种情形下，经公诉人建议法庭延期审理的时间一次不得超过一个月？

- A. 发现事实不清、证据不足的
- B. 发现遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人，需要补充侦查或者补充提供证据的
- C. 发现遗漏罪行或者遗漏同案犯罪嫌疑人，虽不需要补充侦查和补充提供证据，但需要提出追加或者变更起诉的
- D. 需要通知开庭前未向人民法院提供名单的证人、鉴定人或者经人民法院通知而未到庭的证人出庭陈述的

答案：ABCD。

解析：本题考查公诉人建议的延期审理的审理期限。根据《高检规则》第348条的规定可知，本题的正确答案是ABCD。

3. (四川2008-2-21) 被告人孙某在法庭审理中突发精神病，致使案件在较长时间内无法继续审理。法院的下列哪一做法是正确的？

- A. 判决宣告孙某不负刑事责任
- B. 裁定中止审理



答案：B。

解析：《高法解释》第181条规定，在审判过程中，自诉人或者被告人患精神病或者其他严重疾病，以及案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，人民法院应当裁定中止审理。因此，B项说法正确。

## 重点法条

第一百六十七条 法庭审判的全部活动，应当由书记员写成笔录，经审判长审阅后，由审判长和书记员签名。

法庭笔录中的证人证言部分，应当当庭宣读或者交给证人阅读。证人在承认没有错误后，应当签名或者盖章。

法庭笔录应当交给当事人阅读或者向他宣读。当事人认为记载有遗漏或者差错的，可以请求补充或者改正。当事人承认没有错误后，应当签名或者盖章。

### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第一百七十一条 开庭审理的全部活动，应当由书记员制作成笔录，经审判长审阅后，分别由审判长和书记员签名。

第一百七十二条 法庭笔录中的出庭证人的证言部分，应当在庭审后交由证人阅读或者向其宣读。证人确认无误后，应当签名或者盖章。

第一百七十三条 法庭笔录应当在庭审后交由当事人阅读或者向其宣读。当事人认为记录有遗漏或者有差错的，可以请求补充或者改正。当事人确认无误后，应当签名或者盖章。

## 法条精解

上述法条是对审判笔录的规定。审判笔录，是对法庭审判全部活动的记录，其记录主体是书记员，但是当事人、书记员与审判长都应在审判笔录上签名或盖章。特别注意，证人应该在证人证言部分签名或盖章。

## 真题示例

（四川2008-2-77）法庭审理活动结束后，下列哪些人员应当在法庭审判活动笔录上签名？

- A. 参与本案审判的陪审员甲
- B. 参与本案审判的审判人员乙
- C. 主持本案审判的审判长丙
- D. 本案书记员丁

答案：CD。

解析：本题考查庭审笔录的签名。《刑事诉讼法》第167条规定，法庭审判的全部活动，应当由书记员写成笔录，经审判长审阅后，由审判长和书记员签名。据此，本题的正确答案是CD。

## 重点法条

第一百六十八条 人民法院审理公诉案件，应当在受理后一个月以内宣判，至迟不得超过一个半月。有本法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月。

人民法院改变管辖的案件，从改变后的人民法院收到案件之日起计算审理期限。

人民检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限。

### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第一百零九条 审理公诉案件的期限，依照刑事诉讼法的规定执行。适用简易程序审理的被告人被羁押的自诉案件，应当在被告人被羁押后一个月内宣判，至迟不得超过一个半月。有刑事诉讼法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月。

需要延长审理期限的，应当在期满七日前报请高级人民法院批准或者决定。

适用简易程序审理的被告人未被羁押的自诉案件，应当在立案后六个月内宣判。有特殊情况需要延长审理期限的，由本院院长批准，可以延长三个月。



第一百一十条 审理期间，对被告人作精神病鉴定的时间不计入审理期限。

第一百一十八条 人民法院对于按照普通程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在七日内审查完毕。

对于人民检察院建议按简易程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在三日内审查完毕。

人民法院对提起公诉的案件进行审查的期限，计入人民法院的审理期限。

第一百五十六条 当事人和辩护人申请通知新的证人到庭，调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验的，应当提供证人的姓名、证据的存放地点，说明所要证明的案件事实，要求重新鉴定或者勘验的理由。审判人员根据具体情况，认为可能影响案件事实认定的，应当同意该申请，并宣布延期审理；不同意的，应当告知理由并继续审理。

依照前款规定延期审理的时间不得超过一个月，延期审理的时间不计入审限。

第一百五十八条 人民法院向人民检察院调取需要调查核实的证据材料，或者根据辩护人、被告人的申请，向人民检察院调取在侦查、审查起诉中收集的有关被告人无罪和罪轻的证据材料，应当通知人民检察院在收到调取证据材料决定书后三日内移交。

## 法条精解

本部分规定的是公诉案件的审理期限。公诉案件审理期限具体为：

1. 原则性规定。人民法院审理公诉案件，应当在受理后一个月内宣判，至迟不得超过一个半月。

2. 例外规定。有下列情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月：

- (1) 交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；
- (2) 重大的犯罪集团案件；
- (3) 流窜作案的重点复杂案件；
- (4) 犯罪涉及面广、取证困难的重大复杂案件。

需要延长审理期限的，应当在期满7日以前，报高级人民法院批准或者决定。

3. 人民法院改变管辖的，从改变后的人民法院收到案件之日起计算审理期限。

4. 人民检察院补充侦查的案件, 补充侦查完毕移送人民法院后, 人民法院重新计算审理期限。

### 真题示例

1. (2004-2-26) 某县人民法院在审理一起诈骗案时,因公诉人发现案件需要补充侦查,合议庭曾两次决定延期审理。县人民法院第二次恢复法庭审理后,公诉人又提出案件需要进一步补充侦查。合议庭应当作出何种处理?

- A. 同意延期审理  
B. 不同意延期审理  
C. 根据案件复杂情况，决定是否延期审理  
D. 报本院审判委员会决定是否延期审理

答案: B。

**解析：**本题考查的是延期审理的次数。根据《高法解释》第157条的规定，在庭审过程中，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，合议庭应当同意。但是建议延期审理的次数不得超过2次。法庭宣布延期审理后，人民检察院在补充侦查的期限内没有提请人民法院恢复法庭审理的，人民法院应当决定按人民检察院撤诉处理。补充侦查的次数最多不超过2次，所以本案中公诉人又提出案件需要进一步补充侦查的，合议庭不应当准许。

2. (2004-2-31) 孙某以张某构成诽谤罪向某县人民法院提起自诉。县人民法院受理本案后, 决定对本案适用普通程序进行审理。在张某未被羁押的情况下, 该法院立案后应在下列哪个时间内宣判?

- A. 一个月  
B. 一个半月  
C. 三个月  
D. 六个月

答案: D。

**解析：**本题考查的是自诉案件的审理期限。根据《高法解释》第109条可知，本题答案为D。

## 重点法条

## 《关于适用普通程序审理被告人认罪案件的若干意见（试行）》

**第一条** 被告人对被指控的基本犯罪事实无异议，并自愿认罪的第一审公诉案件，一般适用本意见。



审理。

对于指控被告人犯数罪的案件，对被告人认罪的部分，可以适用本意见审理。

### 【关联法条】

#### 《关于适用普通程序审理被告人认罪案件的若干意见（试行）》

第二条 下列案件不适用本意见审理：

1. 被告人系盲、聋、哑人的；
2. 可能判处死刑的；
3. 外国人犯罪的；
4. 有重大社会影响的；
5. 被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的；
6. 共同犯罪案件中，有的被告人不认罪或者不同意适用本意见审理的；
7. 其他不宜适用本意见审理的案件。

第七条 对适用本意见开庭审理的案件，合议庭应当在公诉人宣读起诉书后，询问被告人对被指控的犯罪事实及罪名的意见，核实其是否自愿认罪和同意适用本意见进行审理，是否知悉认罪可能导致的法律后果。对于被告人自愿认罪并同意适用本意见进行审理的，可以对具体审理方式作如下简化：

（一）被告人可以不再就起诉书指控的犯罪事实进行供述。

（二）公诉人、辩护人、审判人员对被告人的讯问、发问可以简化或者省略。

（三）控辩双方对无异议的证据，可以仅就证据的名称及所证明的事项作出说明。合议庭经确认公诉人、被告人、辩护人无异议的，可以当庭予以认证。

对于合议庭认为有必要调查核实的证据，控辩双方有异议的证据，或者控方、辩方要求出示、宣读的证据，应当出示、宣读，并进行质证。

（四）控辩双方主要围绕确定罪名、量刑及其他有争议的问题进行辩论。

第八条 适用本意见审理案件，应当严格执行刑事诉讼法规定的基本原则和程序，做到事实清楚、证据确实充分，切实保障被告人的诉讼权利。

### 法条精解

本部分规定的是适用普通程序审理“被告人认罪案件”的特别规定。适用普通程序审理“被告人认罪案件”，又称普通程序简化审。是指被告人对被指控的基本犯罪事实无异议，并自愿认罪的第一审公诉案件，人民法院在审理时虽适用普通程序的有关规定，但是对于某些诉讼活动或者诉讼环节可以省略或简化的诉讼程序。需要特别注意的是，它仅仅是对普通程序的一种特殊适用方式，而不是简易程序，与刑事诉讼法中规定的简易程序有着根本的不同。该考点有以下知识点需要掌握。

#### 1. 适用范围

（1）可以适用“被告人认罪案件”程序进行审理的情形：①被告人对被指控的基本犯罪事实无异议，并自愿认罪的第一审公诉案件。②对于指控被告人犯数罪的案件，对被告人认罪的部分可以适用。

（2）不应当适用“被告人认罪案件”程序进行审理的情形：①被告人系盲、聋、哑人的。②可以判处死刑的。③外国人犯罪的。④有重大社会影响的。⑤被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的。⑥共同犯罪案件中，有的被告人不认罪或者不同意适用本意见审理的。⑦其他不宜适用本意见审理的案件。

#### 2. 决定程序

（1）人民检察院认为符合适用本意见审理的案件，可以在提起公诉时书面建议人民法院适用本意见审理。

（2）对于人民检察院没有建议适用本意见审理的公诉案件，人民法院经审理认为可以适用本意见审理的，应当征求人民检察院、被告人及辩护人的意见。

（3）人民法院在决定适用本意见审理案件前，应当向被告人讲明有关法律规定、认罪和适用本意见审理可能导致的法律后果，确认被告人自愿同意适用本意见审理。

（4）人民法院对决定适用本意见审理的案件，应当书面通知人民检察院、被告人及辩护人。

#### 3. 审判程序

（1）对于决定适用本意见审理的案件，人民法院在开庭前可以阅卷。

（2）对适用本意见开庭审理的案件，合议庭应当在公诉人宣读起诉书后，询问被告人对被指控的犯





罪事实及罪名的意见，核实其是否自愿认罪和同意适用本意见进行审理，是否知悉认罪可能导致的法律后果。

(3) 对于被告人自愿认罪并同意适用本意见进行审理的，可以对具体审理方式做如下简化：

① 被告人可以不再就起诉书指控的犯罪事实进行供述。

② 公诉人、辩护人、审判人员对被告人的讯问、发问可以简化或者省略。

③ 控辩双方对无异议的证据，可以仅就证据的名称及所证明的事项作出说明。合议庭经确认公诉人、被告人、辩护人无异议的，可以当庭予以认证。对于合议庭认为有必要调查核实的证据，控辩双方有异议的证据或者控方、辩方要求出示、宣读的证据，应当出示、宣读，并进行质证。

④ 控辩双方主要围绕确定罪名、量刑及其他有争议的问题进行辩论。

⑤ 不能剥夺被告人最后陈述的权利。

(4) 必须做到事实清楚，证据确实、充分方能定案。

(5) 人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。

(6) 一般应当当庭宣判。

(7) 审理中，发现有不符《关于适用普通程序审理被告人认罪案件的若干意见（试行）》规定情形的，人民法院应当决定不再适用该规定审理。

### 真题示例

1. (2009-2-78) 关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 适用普通程序审理“被告人认罪案件”的规定，只适用于一审公诉案件
- B. 被告人犯数罪，但只对部分犯罪认罪的案件，不适用该规定
- C. 被告人认罪，但经审查认为被告人可能不构成犯罪的案件，不适用该规定
- D. 即使适用该规定，控辩双方对证据有异议时，仍应出示、宣读并进行质证

答案：ACD。

解析：根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用普通程序审理被告人认罪案件的若干意见（试行）》第一条第1款可知A正确，根据该《意见》第一条第2款可知B错误，根据该《意见》第二条第5项可知C正确，根据该《意见》第七条第3款第2项可知D正确。

2. (2005-2-74) 黎某对被检察机关指控的数个犯罪的基本犯罪事实没有异议，自愿认罪。下列哪些情形妨碍适用《关于适用普通程序审理用“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》？

- A. 黎某持有某外国护照
- B. 黎某犯数罪
- C. 黎某可能被判处死刑
- D. 黎某所犯数罪中有的有重大社会影响

答案：ACD。

解析：根据《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第1条、第2条的规定可知，ACD项不适用该意见的规定。

### 重点法条

第一百七十条 自诉案件包括下列案件：

(一) 告诉才处理的案件；

(二) 被害人有证据证明的轻微刑事案件；

(三) 被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第八十八条 对于自诉案件，被害人有权向人民法院直接起诉。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉。人民法院应当依法受理。

#### 《高法解释》

第一条 人民法院直接受理的自诉案件包括：

(一) 告诉才处理的案件：

- 1. 侮辱、诽谤案（刑法第二百四十六条规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；





2. 暴力干涉婚姻自由案（刑法第二百五十七条第一款规定的）；

3. 虐待案（刑法第二百六十条第一款规定的）；

4. 侵占案（刑法第二百七十条规定的）。

（二）人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的轻微刑事案件：

1. 故意伤害案（刑法第二百三十四条第一款规定的）；

2. 非法侵入住宅案（刑法第二百四十五条规定的）；

3. 侵犯通信自由案（刑法第二百五十二条规定的）；

4. 重婚案（刑法第二百五十八条规定的）；

5. 遗弃案（刑法第二百六十一条规定的）；

6. 生产、销售伪劣商品案（刑法分则第三章第一节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

7. 侵犯知识产权案（刑法分则第三章第七节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

8. 属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件。

对上列八项案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。对于其中证据不足、可由公安机关受理的，或者认为对被告人可能判处三年有期徒刑以上刑罚的，应当移送公安机关立案侦查。

（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院已经作出不予追究的书面决定的案件。

第一百八十六条 人民法院受理的自诉案件必须符合下列条件：

（一）属于刑事诉讼法第一百七十条、本解释第一条规定的案件；

（二）属于本院管辖的；

（三）刑事案件的被害人告诉的；

（四）有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。

人民法院受理刑事诉讼法第一百七十条第（三）项规定的自诉案件，还应当符合刑事诉讼法第八十六条、第一百四十五条的规定。

第一百八十七条 本解释第一条规定的案件，如果被害人死亡、丧失行为能力或者因受强制、威吓等原因无法告诉，或者是限制行为能力人以及由于年老、患病、盲、聋、哑等原因不能亲自告诉，其法定代理人、近亲属代为告诉的，人民法院应当依法受理。

因前款规定的原因，被告人不能告诉，由其法定代理人、近亲属代为告诉的，代为告诉人应当提供与被害人关系的证明和被害人不能亲自告诉的原因的证明。

## 法条精解

本部分规定的是自诉案件的第一审程序的受理。

1. 自诉案件提起诉讼的条件

（1）有适格的自诉人。遭受犯罪行为直接侵害的被害人有权向人民法院提起自诉。如果被害人死亡、丧失行为能力或者因受强制、威吓等原因无法告诉，或者是限制行为能力人以及由于年老、患病、盲、聋、哑等原因不能亲自告诉，其法定代理人、近亲属代为告诉的，人民法院应当依法受理。

（2）有明确的被告人和具体的诉讼理由。自诉人起诉时应提出明确的控诉对象，如果不能提出明确的被告人或者被告人下落不明，自诉案件不能成立。自诉人起诉时还应提出具体的诉讼请求，包括指明控诉的罪名和要求人民法院追究被告人何种刑事责任。如果提起刑事自诉附带民事诉讼，还应提出具体的赔偿请求。

（3）属于自诉案件的范围。即属于《刑事诉讼法》第170条以及《高法解释》第1条确定的具体的自诉案件。

（4）被害人有证据证明。被害人提起刑事自诉必须有能够证明被告人犯有被指控的犯罪事实的证据。

（5）属于受诉人民法院管辖。自诉人应当依据刑事诉讼法关于级别管辖和地区管辖的规定，向有管辖权的人民法院提起自诉。如果刑事自诉案件的自诉人、被告人一方或者双方是在港、澳、台居住的中国公民或者其住所地在港、澳、台的单位的，由犯罪地的基层人民法院审判。港、澳、台同胞告诉的，应当出示港、澳、台居民身份证、回乡证或者其他能证明本人身份的证明。

（6）自诉必须在追诉时效期限内提出。这是关于自诉时间方面的条件。根据《刑事诉讼法》第15条规定，犯罪已过追诉时效期限的，不追究刑事责任。已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪。关于自诉案件的起诉时效，法律未作特殊规定，适用刑法关于犯罪追诉时效的一般规

定。刑法规定的对犯罪的追诉时效就是自诉时效,在追诉时效问题上公诉与自诉没有区别。

## 2. 提起自诉的程序

自诉人应当向人民法院提交刑事自诉状。提起附带民事诉讼的,还应当提交刑事附带民事自诉状。自诉人书写自诉状确有困难的,可以口头告诉,由人民法院工作人员作出告诉笔录,向自诉人宣读,自诉人确认无误后,应当签名或者盖章。

自诉状或者告诉笔录应当包括以下内容:

- (1) 自诉人、被告人、代为告诉人的姓名、性别、年龄、民族、出生地、职业、工作单位、住址。
- (2) 被告人犯罪行为的时间、地点、手段、情节和危害后果等。
- (3) 具体的诉讼请求。
- (4) 致送人民法院的名称及具体时间。
- (5) 证人的姓名、文化程度、住址及其他证据的名称、来源等。

如果被告人是二人以上的,自诉人在告诉时需按照被告人的人数提供自诉状副本。

## 3. 自诉案件的受理程序

人民法院应当在收到自诉状或者口头告诉起15日内作出是否立案的决定,并书面通知自诉人或者代为告诉人,自诉案件的立案即是自诉案件的受理。在公诉案件中,审查期限是7日,如果检察院建议适用简易程序的是3日。

## 4. 自诉案件的第一审程序审理特点

(1) 可以适用简易程序。对于告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件,可以适用简易程序由审判员一人独任审判。注意,《刑事诉讼法》第170条第3项规定的案件不能适用简易程序。

(2) 可以调解。①人民法院对告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件,可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解。注意,对于《刑事诉讼法》第170条第3项规定的自诉案件,不适用调解。②调解应当在自愿、合法、不损害国家、集体和公民利益的前提下进行。调解达成协议的,人民法院应当制作刑事自诉案件调解书,由审判人员和书记员署名,并加盖人民法院印章。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解没有达成协议或者调解书签收前当事人反悔的,人民法院应当进行判决。③经人民法院调解结案后,自诉人反悔,就同一事实再行告诉的,人民法院应当说服自诉人撤回起诉或是裁定驳回起诉。

(3) 可以和解与撤诉。本部分将在后文详述。

(4) 可以反诉。详见后文阐述。

(5) 审理期限比较特殊。

适用普通程序审理的被告人未被羁押的自诉案件,应当在立案后6个月内宣判,有特殊情况需要延长审理期限的,由本院院长批准,可以延长3个月。如果被告人被羁押的,审理期限与公诉案件的相同。

被告人实施两个以上的犯罪行为,分别属于公诉案件和自诉案件的,人民法院可以在审理公诉案件时,对自诉案件一并审理。

(6) 自诉案件的可分性。①自诉人明知有其他共同侵害人,但只对部分侵害人提起自诉的,人民法院应当受理,并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利,但并不放弃民事权利。判决宣告后自诉人对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的,人民法院不再受理。②共同被害人中只有部分人告诉的,人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的,即视为放弃告诉权利。第一审宣判后,被通知人就同一事实又提起自诉的,人民法院不予受理。但当事人另行提起民事诉讼的,不受限制。

## 重点法条

### 《高法解释》

第一百九十七条 人民法院对告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件,可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解。自诉人在宣告判决前可以同被告人自行和解或者撤回起诉。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第一百九十九条 对于已经审理的自诉案件,当事人自行和解的,应当记录在卷。

第二百零一条 人民法院裁定准许自诉人撤诉或者当事人自行和解的案件,被告人被采取强制措施的,



应当立即予以解除。

## 法条精解

本部分规定的是自诉案件的和解和撤诉。自行和解是刑事诉讼法赋予自诉案件双方当事人的一项诉讼权利,在法律允许的范围内,他们可以互谅互让、互相协商,以达成和解协议的方式解决纠纷,而后撤诉。本部分,有以下知识点需要掌握:

1. 自诉人在宣告判决前可以同被告人自行和解或者撤回起诉,对于自诉人要求撤诉的,经人民法院审查认为确属自愿的,应当准许;经审查认为自诉人系被强迫、威吓等,不是出于自愿的,应当不予准许。
2. 自诉人经2次依法传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭准许中途退庭的,人民法院应当决定按自诉人撤诉处理。
3. 自诉人是2人以上,其中部分人撤诉的,不影响案件的继续审理。
4. 人民法院裁定准许自诉人撤诉或者当事人自行和解的案件,被告人被采取强制措施的,应当立即予以解除。

## 真题示例

1. (2008-2-23) 关于“告诉才处理”的案件与自诉案件,下列哪一选项是正确的?

- A. 自诉案件是告诉才处理的案件
- B. 告诉才处理的案件是自诉案件
- C. 告诉才处理的案件与自诉案件,只是说法不同,含义相同
- D. 告诉才处理的案件与自诉案件二者之间没有关系

答案: B。

解析: 根据《刑事诉讼法》第170条的规定可知,自诉案件和告诉才处理的案件不是一个概念,自诉案件除了包括告诉才处理的案件,还包括被害人有权证明的轻微刑事案件和被害人有权证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。所以A、C、D的说法错误,不能选。本题正确答案是B。

2. (四川2008-2-29) 甲偷偷将乙家的一群羊赶走卖掉,获得赃款3000元。乙向法院起诉,并提供了足以证明甲盗窃的证据,要求追究甲盗窃罪的刑事责任。法院应采用下列哪一做法处理此案?

- A. 裁定不予受理
- B. 告知乙向公安机关控告
- C. 先受理,然后移送公安机关处理
- D. 依法受理

答案: D。

解析: 根据《刑法》第264条、《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第1款第(1)项和《高法解释》第1条的规定,甲的行为属于盗窃公私财物,数额较大,可能被判处3年以下有期徒刑,且乙的证据确实充分,因此法院应当直接受理。选项D是正确的。

## 重点法条

第一百七十一条 人民法院对于自诉案件进行审查后,按照下列情形分别处理:

- (一) 犯罪事实清楚,有足够证据的案件,应当开庭审判;
- (二) 缺乏罪证的自诉案件,如果自诉人提不出补充证据,应当说服自诉人撤回自诉,或者裁定驳回。自诉人经两次依法传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,按撤诉处理。法庭审理过程中,审判人员对证据有疑问,需要调查核实的,适用本法第一百五十八条的规定。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百七十二条 人民法院对自诉案件,可以进行调解;自诉人在宣告判决前,可以同被告人自行和解或者撤回自诉。本法第一百七十条第三项规定的案件不适用调解。

#### 《高法解释》

第一百八十六条 人民法院受理的自诉案件必须符合下列条件:

- (一) 属于刑事诉讼法第一百七十条、本解释第一条规定的案件;
- (二) 属于本院管辖的;





(三) 刑事案件的被害人告诉的;

(四) 有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。

人民法院受理刑事诉讼法第一百七十条第(三)项规定的自诉案件,还应当符合刑事诉讼法第八十六条、第一百四十五条的规定。

第一百八十八条 对于自诉案件,人民法院经审查有下列情形之一的,应当说服自诉人撤回起诉,或者裁定驳回起诉:

(一) 不符合本解释第一百八十六条规定的条件的;

(二) 证据不充分的;

(三) 犯罪已过追诉时效期限的;

(四) 被告人死亡的;

(五) 被告人下落不明的;

(六) 除因证据不足而撤诉的以外,自诉人撤诉后,就同一事实又告诉的;

(七) 经人民法院调解结案后,自诉人反悔,就同一事实再行告诉的。

第一百九十条 自诉状或者告诉笔录应当包括以下内容:

(一) 自诉人、被告人、代为告诉人的姓名、性别、年龄、民族、出生地、文化程度、职业、工作单位、住址;

(二) 被告人犯罪行为的时间、地点、手段、情节和危害后果等;

(三) 具体的诉讼请求;

(四) 致送人民法院的名称及具状时间;

(五) 证人的姓名、住址及其他证据的名称、来源等。

如果被告人是二人以上的,自诉人在告诉时需按被告人的人数提供自诉状副本。

第一百九十一条 人民法院应当在收到自诉状或者口头告诉第二日起十五日内作出是否立案的决定,并书面通知自诉人或者代为告诉人。

第一百九十二条 对于已经立案,经审查缺乏罪证的自诉案件,如果自诉人提不出补充证据,应当说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉;自诉人经说服撤回起诉或者被驳回起诉后,又提出了新的足以证明被告人有罪的证据,再次提起自诉的,人民法院应当受理。

第一百九十三条 自诉人明知有其他共同侵害人,但只对部分侵害人提起自诉的,人民法院应当受理,并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利。判决宣告后自诉人又对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的,人民法院不再受理。共同被害人中只有部分人告诉的,人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的,即视为放弃告诉权利。第一审宣判后,被通知人就同一事实又提起自诉的,人民法院不予受理。但当事人另行提起民事诉讼的,不受本解释限制。

第一百九十四条 被告人实施的两个以上的犯罪行为,分别属于公诉案件和自诉案件的,人民法院可以在审理公诉案件时,对自诉案件一并审理。

第一百九十八条 对于自诉人要求撤诉的,经人民法院审查认为确属自愿的,应当准许;经审查认为自诉人系被强迫、威吓等,不是出于自愿的,应当不予准许。

第二百条 调解应当在自愿、合法,不损害国家、集体和其他公民利益的前提下进行。调解达成协议的,人民法院应当制作刑事自诉案件调解书,由审判人员和书记员署名,并加盖人民法院印章。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解没有达成协议或者调解书签收前当事人反悔的,人民法院应当进行判决。

第二百零二条 自诉人经两次依法传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭准许中途退庭的,人民法院应当决定按自诉人撤诉处理。

自诉人是二人以上,其中部分人撤诉的,不影响案件的继续审理。

第二百零三条 对于刑事诉讼法第一百七十条第(三)项规定的案件,不适用调解。

第二百零四条 在自诉案件审理过程中,被告人下落不明的,应当中止审理。被告人归案后,应当恢复审理,必要时,应当对被告人依法采取强制措施。

第二百零五条 审理自诉案件,应当参照刑事诉讼法第一百六十二条和本解释第一百七十六条的有关规定作出判决。对于依法宣告无罪的案件,其附带民事诉讼部分应当依法进行调解或者一并作出判决。



本部分规定的是对自诉案件的处理。人民法院对于自诉案件进行审查后,按照下列情形分别处理:

1. 犯罪事实清楚,有足够证据的案件,应当开庭审判。
2. 缺乏罪证的自诉案件,如果自诉人提不出补充证据,应当说服自诉人撤回自诉,或者裁定驳回。此外,人民法院经过审查有下列情形之一的,也应当说服自诉人撤回起诉,或者裁定驳回起诉:
  - (1) 不符合刑事诉讼法和有关司法解释规定的人民法院受理自诉案件条件的。
  - (2) 证据不充分的。
  - (3) 犯罪已过追诉时效期限的。
  - (4) 被告人死亡的。
  - (5) 被告人下落不明的。
  - (6) 除因证据不足而撤诉的以外,自诉人撤诉后,就同一事实又告诉的。
  - (7) 经人民法院调解结案后,自诉人反悔,就同一事实再行告诉的。

(8) 对于已经立案,经审查缺乏罪证的自诉案件,如果自诉人提不出补充证据,应当说服自诉人撤回自诉或者裁定驳回起诉,自诉人经说服撤回自诉或者被驳回起诉后,又提出了新的足以证明被告人有罪的证据,再次提起自诉的,人民法院应当受理。

### 真题示例

1. (四川 2008-2-34) 马某涉嫌盗窃罪,法院决定开庭审理时,马某的母亲也到该院递交自诉状,对马某长期虐待自己的行为提起自诉。下列哪一选项是正确的?

- A. 应当先审理盗窃案件
- B. 应当先审理虐待案件
- C. 应当一并审理这两个案件
- D. 可以一并审理这两个案件

答案: D。

解析:《高法解释》第194条规定,被告人实施的两个以上的犯罪行为,分别属于公诉案件和自诉案件的,人民法院可以在审理公诉案件时,对自诉案件一并审理。由此,本题的正确答案是D。

2. (2008-2-72) 关于自诉案件的审理,下列哪些做法是正确的?

- A. 甲、乙系一起伤害案件的自诉人,案件审理中甲撤回起诉,法院继续案件审理
- B. 某伤害案,因检察院作出不起诉决定,被害人提起自诉,审理中自诉人与被告人和解而撤回自诉,法院经审查准许
- C. 某遗弃案,被告人在第二审程序中提出反诉,法院予以受理并与原自诉合并审理
- D. 某侵犯知识产权案,第二审中当事人和解,法院裁定准许撤回自诉并撤销一审判决

答案: ABD。

解析:根据《高法解释》第202条第2款的规定,A项说法正确;根据《刑事诉讼法》第172条、《高法解释》第198条的规定,B项说法正确;《高法解释》第265条规定C项说法错误;又据《高法解释》第263条的规定,D项说法正确。本题正确答案是ABD。

### 重点法条

第一百七十三条 自诉案件的被告人在诉讼过程中,可以对自诉人提起反诉。反诉适用自诉的规定。

#### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第二百零六条 告诉才处理和被害人有权证明的轻微刑事案件的被告人或者其法定代理人在诉讼过程中,可以对自诉人提起反诉。反诉必须符合下列条件:

- (一) 反诉的对象必须是本案自诉人;
- (二) 反诉的内容必须是与本案有关的行为;
- (三) 反诉的案件必须符合本解释第一条第(一)(二)项的规定。

反诉案件适用自诉案件的规定,并应当与自诉案件一并审理。原自诉人撤诉的,不影响反诉案件的继续审理。

第二百六十五条 在第二审程序中,自诉案件的当事人提出反诉的,第二审人民法院应当告知其另行起诉。



本部分规定的是刑事自诉案件中的反诉。反诉，是相对于自诉而言的，指在自诉过程中，自诉案件的被告人作为被害人控诉自诉人犯有与本案有联系的犯罪行为，向人民法院提出请求，要求追究其刑事责任的诉讼行为。

1. 反诉案件的范围。对于告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件，被告人或者其法定代理人在诉讼过程中可以对自诉人提起反诉。

注意：对于《刑事诉讼法》第170条第3项规定的自诉案件不能提起反诉。

2. 提起反诉的必须符合下列条件：

(1) 反诉的对象必须是本案自诉人。

(2) 反诉的内容必须是与本案有关的行为。

(3) 反诉的案件必须是告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件。

3. 反诉的审理。反诉案件适用自诉案件的规定，并且应当与自诉案件一并审理。原自诉人撤诉的，不影响反诉案件的继续审理。

4. 反诉应在诉讼过程中即最迟在自诉案件宣告判决以前提出。

5. 第二审程序中提起反诉的处理。第二审程序中，自诉案件的当事人提出反诉的，第二审人民法院应当告知其另行起诉。

### 真题示例

1. (2009-2-33) 关于自诉案件，下列哪一选项是正确的？

A. 法院都可以进行调解

B. 当事人在宣告判决前，可以自行和解

C. 被告人在诉讼过程中可以提起反诉

D. 只能由被害人亲自告诉

答案：B。

解析：本题考查自诉案件的相关规定。根据《刑事诉讼法》第172条的规定，故A项错误，B项正确。又据《刑事诉讼法》第173条的规定，C项错误。《高法解释》第187条第1款规定，本解释第1条规定的案件，如果被害人死亡、丧失行为能力或者因受强制、威吓等原因无法告诉，或者是限制行为能力人以及由于年老、患病、盲、聋、哑等原因不能亲自告诉，其法定代理人、近亲属代为告诉的，人民法院应当依法受理。故D项错误。

2. (四川2008-2-95~97) 王某与张某发生口角，王某一怒之下顺手将李某放在桌子上的手机打向张某，致李某轻伤。请回答95~97题。

95. 对由王某造成的伤害，李某依法享有的诉讼权利是：

A. 向法院提起自诉

B. 向公安机关控告

C. 向检察院控告

D. 提起附带民事诉讼

答案：ABCD。

解析：根据《刑事诉讼法》第170条的规定，本题属于轻伤案件，因此，李某可以向法院提起自诉。又据《刑事诉讼法》第84条第2款的规定，BC项说法正确。《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条第1款明确规定，因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。因此，D项正确。综上，本题的正确答案是ABCD。

96. 李某享有的诉讼权利是：

A. 就王某给自己造成的损失提起民事诉讼

B. 就王某给自己造成的损失提起附带民事诉讼

C. 就王某的犯罪行为向公安机关举报

D. 就王某的犯罪行为向法院提出自诉

答案：BC。

解析：《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条第1款明确规定，因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。本案中，李某的手机被王某作为犯罪工具使用过程中毁坏了，因此李某可以提起附带民事诉讼，A项说法错误，B项说法正确。又据《刑事诉讼法》第84条第1款的规定C项说法正确。王某不是自诉人，不能向法院提起自诉，D项说法错误。

97. 如李某提起自诉，对本案刑事部分判决有权上诉的是：



A. 王某

B. 张某

C. 李某

D. 提起公诉的检察院

答案：AB。

**解析：**本题考查《刑事诉讼法》第180条第1款的规定。本案中，自诉人是张某，被告人是王某，因此，张某和王某有权对一审判决提出上诉。题干中并没有给出李某提起了附带民事诉讼，因此，李某不能提出上诉。本案是自诉案件，而非公诉案件，没有提起公诉的检察院。因此，本题的正确答案是AB。

## 重点法条

第一百七十四条 人民法院对于下列案件，可以适用简易程序，由审判员一人独任审判：

（一）对依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，事实清楚、证据充分，人民检察院建议或者同意适用简易程序的；

（二）告诉才处理的案件；

（三）被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百五十三条 人民法院审判公诉案件，人民检察院应当派员出席法庭支持公诉，但是依照本法第一百七十五条的规定适用简易程序的，人民检察院可以不派员出席法庭。

第一百七十五条 适用简易程序审理公诉案件，人民检察院可以不派员出席法庭。被告人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述和辩护。人民检察院派员出席法庭的，经审判人员许可，被告人及其辩护人可以同公诉人互相辩论。

第一百七十七条 适用简易程序审理案件，不受本章第一节关于讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制。但在判决宣告前应当听取被告人的最后陈述意见。

第一百七十八条 适用简易程序审理案件，人民法院应当在受理后二十日以内审结。

#### 《高法解释》

第二百二十条 刑事诉讼法第一百七十四条第（一）项规定的可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，是指被告人被指控的一罪或者数罪，可能被宣告判处的刑罚为三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的案件。

第二百二十一条 人民法院对公诉案件的被告人可能判处免于刑事处罚的，可以适用简易程序。

第二百二十二条 人民法院审理具有以下情形之一的案件，不应当适用简易程序：

（一）公诉案件的被告人对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；

（二）比较复杂的共同犯罪案件；

（三）被告人是盲、聋、哑人的；

（四）辩护人作无罪辩护的；

（五）其他不宜适用简易程序的。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》

第一条 对于同时具有下列情形的公诉案件，可以适用简易程序审理：

（一）事实清楚、证据充分；

（二）被告人及辩护人对所指控的基本犯罪事实没有异议；

（三）依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金。

第二条 具有下列情形之一的公诉案件，不适用简易程序审理：

（一）比较复杂的共同犯罪案件；

（二）被告人、辩护人作无罪辩护的；

（三）被告人系盲、聋、哑人的；

（四）其他不宜适用简易程序审理的情形。

第三条 人民检察院建议适用简易程序的，应当制作《适用简易程序建议书》，在提起公诉时，连同全案卷宗、证据材料、起诉书一并移送人民法院。

人民法院在征得被告人、辩护人同意后决定适用简易程序的，应当制作《适用简易程序决定书》，在开





庭前送达人民检察院、被告人及辩护人。

人民法院认为依法不应当适用简易程序的,应当书面通知人民检察院,并将全案卷宗和证据材料退回人民检察院。

**第四条** 对于人民检察院没有建议适用简易程序的公诉案件,人民法院经审查认为可以适用简易程序审理的,应当征求人民检察院与被告人、辩护人的意见。人民检察院同意并移送全案卷宗和证据材料后,适用简易程序审理。

人民法院决定适用简易程序的,应当制作《适用简易程序决定书》,在开庭前送达人民检察院、被告人及辩护人。

## 法条精解

本部分规定的是简易程序。简易程序,是指基层人民法院审理某些事实清楚、情节简单、犯罪轻微的刑事案件所适用的比普通程序相对简化的审判程序。

### 1. 简易程序的特点

(1) 只适用于第一审程序,不适用于第二审程序、死刑复核程序和审判监督程序。

(2) 只适用于基层人民法院。按照刑事诉讼法的规定,基层人民法院管辖案情简单,影响较小、处罚较轻的刑事案件,只有这些案件才具有适用简易程序审判的条件。

(3) 简易程序的具体内容是对第一审普通程序的相对简化。

(4) 对自愿认罪的被告人酌情予以从轻处罚。

### 2. 简易程序的适用范围

这是本考点需要重点掌握的知识。简易程序的适用范围如下:

(1) 对依法可能判处3年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件。事实清楚,证据充分,人民检察院建议或者同意适用简易程序的。

(2) 告诉才处理的案件。依据刑法的规定包括:侮辱、诽谤案,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外;暴力干涉婚姻自由案;虐待案;侵占案。

(3) 被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。包括故意伤害(轻伤)案;非法侵入住宅案;侵犯通信自由案;重婚案;遗弃案;生产、销售伪劣商品案;侵犯知识产权案;以及属于刑法分则第4章、第5章规定的,对被告人可能判处3年有期徒刑以下刑罚的案件。

(4) 人民法院对于公诉案件的被告人可能判处免于刑事处罚的,可以适用简易程序。

需要注意的是,对于《刑事诉讼法》第170条第3项规定的案件,即被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件,不得适用简易程序。

### 3. 简易程序的审理特点

(1) 审判组织特殊。可以由审判员1人独任审判。

(2) 人民检察院可以不派员出庭。但有例外:人民检察院监督公安机关立案侦查的案件以及其他人民检察院认为有必要派员出庭的案件除外。

(3) 简化法庭调查和法庭辩论程序。被告人自愿认罪,并对起诉书所指控的犯罪事实无异议的,法庭可以直接作出有罪判决。根据《刑事诉讼法》第177条的规定,适用简易程序审理案件,不受刑事诉讼法关于讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制。但在判决宣告前应当听取被告人的最后陈述意见。

(4) 程序在必要时可以变更为普通程序。

(5) 辩护人可以不出庭,进行书面辩护。

(6) 审理期限特殊。为20天。

## 真题示例

(2005-2-33) 刘某,17岁,系某聋哑学校职工,因涉嫌盗窃罪被检察院提起公诉。刘某的辩护人高某认为刘某并非该案的犯罪人。县人民法院经审查,决定按照普通程序审理该案。下列哪一项是法院决定按照普通程序审理该案的依据?

A. 刘某系未成年人

B. 刘某系某聋哑学校职工



C. 辩护人高某认为刘某无罪

D. 检察院没有建议适用简易程序

答案：C。

**解析：**本题目考查简易程序和普通程序在适用条件上的差别。《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》对何种情形下适用简易程序作了明确的规定，第1条作了初步的规定。如果检察院没有建议适用简易程序，这并不意味着法院必然决定按照普通程序审理该案。根据该意见第4条的规定，法院对适用简易程序有一定的自由裁量权，并不完全跟着检察院的意见走。因此，D是错误的。至于A和B法律根本没有作规定。该意见第2条对简易程序作了排除性规定，C项的辩护人高某认为刘某无罪，属于第2款的规定，被告人、辩护人作无罪辩护的，因此不能适用简易程序，C是正确的。

## 重点法条

第一百七十九条 人民法院在审理过程中，发现不宜适用简易程序的，应当按照本章第一节或者第二节的规定重新审理。

### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第二百二十九条 适用简易程序审理的案件，在法庭审理过程中，发现以下不宜适用简易程序情形的，应当决定中止审理，并按照公诉案件或者自诉案件的第一审普通程序重新审理：

- (一) 公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；
- (二) 公诉案件被告人应当判处三年以上有期徒刑的；
- (三) 公诉案件被告人当庭翻供，对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；
- (四) 事实不清或者证据不充分的；
- (五) 其他依法不当或者不宜适用简易程序的。

第二百三十条 转为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起计算。

#### 《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》

第七条 适用简易程序审理的公诉案件，独任审判员宣布开庭，传被告人到庭后，应当查明被告人的基本情况，然后依次宣布案由、独任审判员、书记员、公诉人、被害人、辩护人、诉讼代理人和翻译人员的名单，并告知各项诉讼权利。

独任审判员应当讯问被告人对起诉书的意见，是否自愿认罪，并告知有关法律规定及可能导致的法律后果；被告人及其辩护人可就起诉书指控的犯罪进行辩护。

被告人有最后陈述的权利。

被告人自愿认罪，并对起诉书所指控的犯罪事实无异议的，法庭可以直接作出有罪判决。

第八条 对于适用简易程序审理的公诉案件，人民法院一般当庭宣判，并在五日内将判决书送达被告人和提起公诉的人民检察院。

第九条 人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。

第十条 人民法院在适用简易程序审理公诉案件时，发现有下列情形之一的，应当将简易程序转为普通程序重新审理：

- (一) 被告人的行为不构成犯罪；
- (二) 被告人应当判处三年以上有期徒刑刑罚；
- (三) 被告人当庭对起诉指控的犯罪事实予以否认；
- (四) 事实不清或者证据不足；
- (五) 其他不宜适用简易程序审理的情形。

人民检察院未派员出庭的，人民法院应当将上述决定书面通知人民检察院。

#### 最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用普通程序审理被告人认罪案件的若干意见（试行）》

第九条 人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。

## 法条精解

本部分规定的是发现不宜适用简易程序时的处理。适用简易程序审理刑事案件有着严格的要求，如果法院在审理过程中发现不宜适用简易程序的，应当中止审理，并按照公诉案件或者自诉案件第一审普通程序重新审理。



1. 不应当适用简易程序的案件有：

- (1) 公诉案件的被告人对于起诉指控的犯罪事实予以否认的。
- (2) 比较复杂的共同犯罪案件。
- (3) 被告人是盲、聋、哑人的。
- (4) 被告人、辩护人作无罪辩护的。
- (5) 公诉案件的被告人依法可能判处3年以上有期徒刑的。
- (6) 公诉案件的事实、证据存在较大争议的。
- (7) 公诉案件的被告人是否犯罪、犯有何罪存在争议的。
- (8) 公诉案件的被告人要求适用普通程序的。
- (9) 公诉转为自诉的案件不得适用简易程序。

2. 简易程序向普通程序转化。适用简易程序审理的案件，在法庭审理过程中，发现以下不适用简易程序情形的，人民法院应当决定中止审理（注意，不是裁定），并按照公诉案件的第一审普通程序重新审理：

- (1) 公诉案件被告人的行为不构成犯罪的。
- (2) 公诉案件被告人应当判处3年以上有期徒刑以上刑罚的。
- (3) 公诉案件被告人当庭翻供，对于起诉指控的犯罪事实予以否认的。
- (4) 事实不清或者证据不足的。

(5) 其他依法不应当或者不宜适用简易程序的。人民检察院未派员出庭的，人民法院应当将上述决定书书面通知人民检察院。

需要注意的是，转为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起计算。转为普通程序审理的公诉案件，人民法院应当在3日内将全案卷宗和证据材料退回检察院。检察院应在收到上述材料后5日内按照普通程序审理公诉案件的要求，向法院移送有关材料。对于自诉案件，自诉人不必另行起诉。

### 真题示例

（2009-2-76）关于简易程序，下列哪些选项是正确的？

- A. 自诉案件都可以适用简易程序
- B. 即使适用简易程序，被告人最后陈述也不能取消
- C. 被告人委托辩护人的，辩护人应当出庭
- D. 经审判员准许，被告人可以同公诉人进行辩论

答案：BD。

解析：本题考查刑事诉讼的简易程序。根据《高法解释》第219条和《刑事诉讼法》第170条的规定可知，自诉案件中的“被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件”不适用简易程序，故A项错误。据《刑事诉讼法》第177条的规定，B项正确。据《高法解释》第226条，C项错误。又据《刑事诉讼法》第175条的规定可知，D项正确。

### 重点法条

#### 《高法解释》

第二百零七条 人民法院受理单位犯罪案件，除依照本解释第一百一十六条的有关规定进行审查外，还应当审查起诉书中是否列明被告单位的名称、住所地，以及代表被告单位出庭的诉讼代表人的姓名、职务、通讯处。未按规定列明的，应当按本解释第一百一十七条第（二）项的规定办理。

#### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第二百零八条 代表被告单位出庭的诉讼代表人，应当是单位的法定代表人或者主要负责人；法定代表人或者主要负责人被指控为单位犯罪直接负责的主管人员的，应当由单位的其他负责人作为被告单位的诉讼代表人出庭。

被告单位的诉讼代表人与被指控为单位犯罪直接负责的主管人员是同一人的，人民法院应当要求人民检察院另行确定被告单位的诉讼代表人出庭。





第二百零九条 人民法院决定开庭审理单位犯罪案件,应当通知被告单位的诉讼代表人出庭。

第二百一十条 接到出庭通知的被告单位的诉讼代表人应当出庭。拒不出庭的,人民法院在必要的时候,可以拘传到庭。

第二百一十一条 人民法院审理单位犯罪案件,被告单位的诉讼代表人享有刑事诉讼法规定的有关被告人的诉讼权利。开庭时,诉讼代表人席位置于审判台前左侧。

第二百一十二条 被告单位需要委托辩护人的,参照本解释有关辩护的规定办理。

第二百一十三条 被告单位的违法所得及其产生的收益,尚未依法追缴或者扣押、冻结的,人民法院应当根据案件具体情况,决定追缴或者扣押、冻结。

第二百一十四条 人民法院为了保证判决的执行,根据案件具体情况,可以先行扣押、冻结被告单位的财产或者由被告单位提出担保。

第二百一十五条 人民法院审理单位犯罪案件,被告单位被注销或者宣告破产,但单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当负刑事责任的,应当继续审理。

第二百一十六条 审理单位犯罪案件的其他程序,参照本解释的有关规定办理。

### 法条精解

本部分规定的是单位犯罪案件的审理程序。单位犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和诉讼义务,与自然人犯罪嫌疑人、被告人大致相同,但是《高法解释》作出了如下特殊规定:

1. 单位被告人有权委托辩护人。
2. 诉讼代表人有出庭的义务。人民法院决定开庭受理单位犯罪案件,应当通知被告单位的诉讼代表人出庭,接到出庭通知的被告单位的诉讼代表人应当出庭。
3. 诉讼代表人拒不出庭的,人民法院在必要的时候,可以拘传到庭。
4. 专门机关有权对单位财产采取特殊的强制措施。

### 真题示例

1. (2009-2-31) 在单位犯罪案件的审理程序中,如被告单位的诉讼代表人与被指控为单位犯罪直接负责的主管人员是同一人,应当由下列哪一主体另行确定被告单位诉讼代表人?

- A. 被告单位
- B. 被告单位的直接主管机关
- C. 检察院
- D. 法院

答案:C。

解析:本题考查单位犯罪案件的审理。《高法解释》第208条第2款规定,被告单位的诉讼代表人与被指控为单位犯罪直接负责的主管人员是同一人的,人民法院应当要求人民检察院另行确定被告单位的诉讼代表人出庭。

2. (2008-2-29) 某电子科技有限公司因涉嫌虚开增值税专用发票罪被提起公诉,公司董事长、总经理、会计等5人被认定为该单位犯罪的直接责任人员。在法院审理中,该公司被注销。关于法院的处理,下列哪一选项是正确的?

- A. 继续审理
- B. 终止审理
- C. 终止审理,建议检察机关对公司董事长、总经理、会计等另行起诉
- D. 退回检察机关,建议检察机关对公司董事长、总经理、会计等另行起诉

答案:A。

解析:《高法解释》第215条规定,人民法院审理单位犯罪案件,被告单位被注销或者宣告破产,但单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当负刑事责任的,应当继续审理。由此,本题正确答案是A。

### 重点法条

第一百八十条 被告人、自诉人和他们的法定代理人,不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定,有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属,经被告人同意,可以提出上诉。

附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人,可以对地方各级人民法院第一审的判决、裁定中的附带民事诉讼部分,提出上诉。



对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百八十二条 被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后五日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后五日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。

第一百九十五条 第二审人民法院审判上诉或者抗诉案件的程序，除本章已有规定的以外，参照第一审程序的规定进行。

#### 《高法解释》

第二百三十九条 被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其法定代理人在上诉期满后要求撤回上诉的，应当由第二审人民法院进行审查。如果认为原判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，应当裁定准许被告人撤回上诉；如果认为原判决事实不清，证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等，应当不准许撤回上诉，并按照上诉程序进行审理。

### 法条精解

本部分规定的是上诉。上诉是引起第二审程序发生的两种诉讼机制之一，另一种是抗诉。上诉是指上诉权主体不服地方各级人民法院尚未发生法律效力的一审判决或者裁定，要求上一级人民法院对案件重新进行审判的诉讼活动。上诉不需要任何理由，只要不服就可以提出上诉。

#### 1. 有权上诉的主体

(1) 刑事被告人、自诉人及其法定代理人有独立完整的上诉权。

(2) 被告人的辩护人和近亲属拥有非独立的上诉权，他们经被告人同意有权提起上诉，但此时上诉权主体仍然是被告人。

(3) 附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，对附带民事部分有完整独立的上诉权。

(4) 被害人没有上诉权，只有就一审的判决请求人民检察院抗诉的权利，对裁定不能请求抗诉。

#### 2. 上诉的方式和程序

(1) 上诉可以采用书面形式，也可以采用口头形式。无论以哪种形式提出，人民法院均应受理。口头上诉的，人民法院应当制作笔录。

(2) 上诉可以通过原审人民法院提出，也可以直接向上一级人民法院提出。

(3) 被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其法定代理人在上诉期限内要求撤回上诉的，应当准许。若在上诉期满后要求撤回上诉的，应当由第二审人民法院进行审查。第二审人民法院认为原判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，应当裁定准许撤回上诉；认为原判事实不清、证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等，应当不允许撤回上诉，并按照上诉程序进行审查。

#### 3. 上诉的期限

(1) 被告人、自诉人、附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人对地方各级人民法院第一审的判决、裁定不服而提出上诉的，必须在法定的期限内提出。不服判决的上诉期限为10日，不服裁定的上诉期限为5日，从接到判决书、裁定书的第2日起算。

(2) 由于附带民事诉讼部分可以在刑事案件的审判后继续审理而作出判决即可以另行判决，所以对附带民事诉讼部分的上诉期限应当有所区别。对附带民事诉讼判决或者裁定的上诉期限，一般情况下应当按照刑事部分的上诉期限确定，但如果原审附带民事诉讼部分是另行审判的，上诉期限应当按照民事诉讼法规定的期限进行，即对判决不服的上诉期限为15日，对裁定不服的上诉期限为10日。

### 真题示例

1. (2005-2-34) 叶某因挪用资金罪被判处有期徒刑一年缓刑两年，判决宣告时叶某表示不上诉。其被解除羁押后经向他人咨询，认为自己不构成犯罪，于是又想提出上诉。下列哪一项是正确的？

A. 叶某已明确表示不上诉，因此不能再提起上诉

B. 需经法院同意，叶某才能上诉

C. 在上诉期满前，叶某有权提出上诉

D. 叶某可在上诉期满前提出上诉，但因一审判决未生效，需对他重新收押





答案：C。

解析：根据《刑事诉讼法》第180条的规定和《高法解释》第232条进一步的规定可知，在本案中，只要是在上诉期满前，叶某就有权提出上诉。

2. (2005-2-76) 甲与乙婚后六年，乙又与另一男子相爱，并通过熟人办理了结婚登记手续。甲得知后将乙起诉至法院，乙被法院以重婚罪判处有期徒刑一年。对本案第一审判决，哪些人享有独立上诉权？

- A. 甲  
B. 乙  
C. 甲、乙的父母  
D. 乙的辩护人

答案：AB。

解析：根据《刑事诉讼法》第180条的规定，上诉的主体包括独立的上诉主体与非独立上诉主体。后者是指经被告人同意方可以提起上诉。前者包括：被告人、自诉人和他们的法定代理人、附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人；后者包括被告人的辩护人和近亲属。据此，本案（重婚罪）是一起自诉案件（《高法解释》第1条），甲乙作为自诉人显然是独立的上诉人，甲、乙的父母以及乙的辩护人则是非独立上诉主体。

## 重点法条

第一百八十一条 地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百八十三条 不服判决的上诉和抗诉的期限为十日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日，从接到判决书、裁定书的第二日起算。

#### 《高法解释》

第二百三十五条 二审人民法院受理的上诉和抗诉案件，必须是在法定期限内提出的。不服判决的上诉和抗诉的期限为十日；不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日。上诉和抗诉的期限，从接到判决书、裁定书的第二日起计算。

第二百四十二条 对附带民事判决或者裁定的上诉、抗诉期限，应当按照刑事部分的上诉、抗诉期限确定。如果原审附带民事部分是另行审判的，上诉期限应当按照民事诉讼法规定的期限执行。

#### 《高检规则》

第三百九十七条 人民检察院认为同级人民法院第一审判决、裁定有下列情形之一的，应当提出抗诉：

- （一）认定事实不清、证据不足的；
- （二）有确实、充分证据证明有罪而判无罪，或者无罪判有罪的；
- （三）重罪轻判，轻罪重判，适用刑罚明显不当的；
- （四）认定罪名不正确，一罪判数罪、数罪判一罪，影响量刑或者造成严重的社会影响的；
- （五）免除刑事处罚或者适用缓刑错误的；
- （六）人民法院在审理过程中严重违反法律规定的诉讼程序的。

## 法条精解

本部分规定的是抗诉。抗诉是引起二审程序发生的另一种诉讼机制。是指地方各级人民检察院认为同级人民法院第一审尚未发生法律效力判决或者裁定确有错误时，提请上一级人民法院进行第二次审判的诉讼活动。抗诉必然引起二审程序。

### 1. 抗诉的提起

对地方各级人民法院的第一审刑事判决、裁定，地方各级人民检察院履行着法律监督的职责。如果认为同级的地方人民法院一审判决裁定确有错误的，应当向上一级人民法院提出抗诉。《高检规则》第397条明确规定了抗诉的情形。

### 2. 抗诉的期限

（1）不服判决的抗诉期限为10日，不服裁定的抗诉期限为5日。从接到判决书、裁定书的第2日起算。

（2）被害人如果对地方各级人民法院第一审的判决不服的，可以请求检察机关提出抗诉，其抗诉请求应当自收到判决书后的5日内提出。

## 真题示例

1. (2007-2-37) 甲、乙涉嫌共同抢夺。经审理,一审法院判处甲有期徒刑3年、乙有期徒刑2年。检察院以对甲量刑过轻为由提起抗诉。甲、乙均没有上诉。关于本案二审程序,下列哪一选项是正确的?

- A. 二审法院仅就甲的量刑问题进行审查
- B. 二审法院可以不开庭审理
- C. 乙应当参加法庭调查
- D. 如果改判,二审法院可以加重乙的刑罚

答案:C。

解析:根据《刑事诉讼法》第186条的规定,A错误。根据《刑事诉讼法》第187条的规定,B错误。根据《高法解释》第256条的规定,C正确。根据《高法解释》第258条的规定,D错误。

2. (2006-2-36) 不服地方各级法院第一审未生效判决时,哪类人有权请求检察院提起抗诉?

- A. 被害人及其近亲属
- B. 被害人及其诉讼代理人
- C. 被害人及其法定代理人
- D. 被害人以及附带民事诉讼原告人

答案:C。

解析:根据《刑事诉讼法》第182条的规定,被害人及其法定代理人有权请求人民检察院提起抗诉,C项正确。

## 重点法条

第一百八十五条 地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉,应当通过原审人民法院提出抗诉书,并且将抗诉书抄送上一级人民检察院。原审人民法院应当将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院,并且将抗诉书副本送交当事人。

上级人民检察院如果认为抗诉不当,可以向同级人民法院撤回抗诉,并且通知下级人民检察院。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百八十七条 第二审人民法院对上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理。合议庭经过阅卷,讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见,对事实清楚的,可以不开庭审理。对人民检察院抗诉的案件,第二审人民法院应当开庭审理。

第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件,可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

#### 《高法解释》

第二百四十一条 人民检察院在抗诉期限内撤回抗诉的,第一审人民法院不再向上一级人民法院移送案件;如果是在抗诉期满后第二审人民法院宣告裁判前撤回抗诉的,第二审人民法院可以裁定准许,并通知第一审人民法院和当事人。

#### 《高检规则》

第四百零一条 人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉,应当制作抗诉书通过原审人民法院向上一级人民法院提出,并将抗诉书副本连同案件材料报送上一级人民检察院。

第四百零三条 上一级人民检察院对下级人民检察院按照第二审程序提出抗诉的案件,认为抗诉正确的,应当支持抗诉;认为抗诉不当的,应当向同级人民法院撤回抗诉,并且通知下级人民检察院。下级人民检察院如果认为上一级人民检察院撤回抗诉不当的,可以提请复议。上一级人民检察院应当复议,并将复议结果通知下级人民检察院。

上一级人民检察院在上诉、抗诉期限内,发现下级人民检察院应当提出抗诉而没有提出抗诉的案件,可以指令下级人民检察院依法提出抗诉。

## 法条精解

本部分规定的是抗诉的提起方式和程序。

1. 抗诉不能采用口头形式,应当提交抗诉书。

2. 抗诉应当通过原审人民法院提出抗诉书,并且将抗诉书抄送上一级人民检察院,不能直接向第二审人民法院提出。

3. 对于下级检察机关按照第二审程序提出抗诉的案件,上级检察机关如果认为抗诉不当,可以向同级人民法院撤回抗诉,并通知下级检察机关。检察机关在抗诉期限内撤回抗诉的,第二审法院可以裁定准许。



如果上一级检察机关在抗诉期限内发现下级检察机关应当提出抗诉而没有抗诉的案件，其可以指令下级检察机关依法提出抗诉。

4. 检察机关在抗诉期限内撤回抗诉的，第一审法院不再向上一级法院移送案件，如果在抗诉期满后撤回抗诉的，由第二审法院裁定准许。

5. 对于检察机关的抗诉，人民法院必须受理，并且应当开庭审理。这一点与对被告人的上诉不同，后者可以不开庭审理，即可以进行书面审理。

### 真题示例

1. (2009-2-79) 下列哪些二审案件依法应当开庭审理？

- A. 甲犯贪污罪被一审判处有期徒刑五年，检察院认为量刑畸轻而抗诉的
- B. 乙犯伤害罪被一审判处无期徒刑，乙上诉的
- C. 丙犯抢劫罪被一审判处死刑缓期二年执行，丙对事实、证据无异议，以量刑过重为由上诉的
- D. 丁犯杀人罪被一审判处死刑立即执行，丁上诉的

答案：AD。

解析：本题考查二审案件应当开庭审理的情况。根据《刑事诉讼法》第187条、《最高人民法院、最高人民检察院关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》第1条和第2条的规定，AD正确。

2. (2008-2-67) 甲杀人案，犯罪手段残忍，影响恶劣，第一审法院为防止被害人家属和旁听群众在法庭上过于激愤影响顺利审判，决定作为特例不公开审理。经审理，第一审法院判处甲死刑立即执行，甲上诉。对于本案，第二审法院下列哪些做法是正确的？

- A. 组成合议庭
- B. 把案件作为第一审案件审理
- C. 审理后改判
- D. 撤销原判，发回重审

答案：AD。

解析：根据《刑事诉讼法》第187条的规定，A的做法正确；上诉案件，第二审法院应当按照第二审案件审理，B的说法错误；根据《刑事诉讼法》第152条和《高法解释》第121条的规定，本题中的案件不属于不公开审理的案件，一审法院的程序错误。又据《刑事诉讼法》第189条的规定，本题中不存在可以改判的情形，C不当选；但是一审不公开审理，程序错误，二审法院应当裁定撤销原判，发回重审，D是正确的，当选。本题正确答案是AD。

3. (2007-2-23) 某市中级人民法院对张三（21岁）被控强奸一案进行了公开审理，判处张三死刑立即执行。张三认为量刑过重，提出上诉。二审法院的哪种做法是正确的？

- A. 应当公开开庭审理
- B. 可以不开庭审理
- C. 应当裁定撤销原判、发回重审
- D. 应当提审

答案：C。

解析：本题中，强奸案件属于有关个人隐私的案件，根据《刑事诉讼法》第191条的规定，应该不公开审理，但是一审法院却公开审理了该案，违反了法定程序，二审法院应该根据《刑事诉讼法》第191条的规定裁定撤销原判、发回原审人民法院重审。本题正确答案是C。

### 重点法条

第一百八十六条 第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。

共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。

#### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第二百四十六条 第二审人民法院应当就第一审判决、裁定认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。

第二百四十七条 共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，或者人民检察院只就第一审人民法院对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院应当对全案进行审查，一并处理。

第二百四十八条 共同犯罪案件，如果提出上诉的被告人死亡，其他被告人没有提出上诉，第二审人民法院仍应当对全案进行审查。死亡的被告人不构成犯罪的，应当宣告无罪；审查后认为构成犯罪的，应





当宣布终止审理。对其他同案被告人仍应当作出判决或者裁定。

第二百四十九条 审理附带民事诉讼的上诉、抗诉案件，应当对全案进行审查。如果第一审判决的刑事部分并无不当，第二审人民法院只需就附带民事诉讼部分作出处理。如果第一审判决附带民事部分事实清楚，适用法律正确的，应当以刑事附带民事裁定维持原判，驳回上诉、抗诉。

## 法条精解

本部分规定的是第二审程序的全面审查原则。《刑事诉讼法》第186条规定了第二审程序中全面审查的原则。刑事第二审程序的全面审查原则有以下几种具体情形：

1. 二审法院应当就第一审判决、裁定认定的事实和适用法律进行全面的审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。即所谓的全面审查原则。

2. 对于共同犯罪案件，只有部分被告人上诉的，二审法院应当对全案进行审查，一并处理。除此之外，如果检察机关只就一审法院对部分被告人的判决提出抗诉的，二审法院也应当对全案进行审查，一并处理。

3. 在对共同犯罪案件的第二审过程，如果提出上诉的被告人死亡，其他被告人也提出上诉的，第二审法院仍然应当对全案进行审查，并分别不同情况处理：若死亡的被告人不构成犯罪的，应当宣告无罪，若审查后认为构成犯罪，应当宣布终止审理，但对其他同案被告人仍应作出判决或者裁定。

4. 对于附带民事诉讼的刑事案件，不论是对附带民事诉讼部分的判决、裁定的上诉、抗诉，还是对刑事部分的判决、裁定提出的上诉、抗诉，二审法院都应当全案审查，并分别根据不同情形作出具体处理：

(1) 如果一审判决的刑事部分并无不当，二审法院只需就附带民事诉讼部分作出处理。在只有附带民事诉讼的当事人及其法定代理人提出上诉的情况下，第一审刑事部分的判决在上诉期满后即发生法律效力。

(2) 二审法院如果发现刑事和附带民事部分均有错误需要改判的，应当一并改判。

(3) 如果二审法院在审理刑事部分的上诉、抗诉过程中，发现已经发生法律效力的附带民事诉讼部分确有错误的，应当对民事部分按照审判监督程序予以纠正。

(4) 如果二审法院在审理刑事部分的上诉、抗诉过程中，发现已经发生法律效力的刑事部分确有错误的，应当对刑事部分按照审判监督程序进行再审，并将附带民事诉讼部分与刑事部分一并审理。

## 真题示例

1. (四川 2008-2-32) 甲、乙二人共同盗窃金融机构，第一审分别被判有期徒刑十年、六年。甲上诉，乙表示服判，未上诉。在第二审法院审理期间，甲死亡。关于第二审，下列哪一选项是正确的？

- A. 在上诉期满后，对乙的判决生效，可以交付执行
- B. 第二审法院应当对甲、乙的案件一并进行审查、处理
- C. 第二审法院认为甲构成犯罪，但量刑过重，应当改判
- D. 第二审法院认为第一审对乙量刑过轻，应当改判加重其刑罚

答案：B。

解析：根据《高法解释》第248条的规定，选项B是正确答案。

2. (2004-2-33) 某人民法院对被告人曹某等共同抢劫一案作出一审判决。曹某对犯罪事实供认不讳，仅以量刑过重为由提出上诉，其他被告人未提出上诉，人民检察院也未抗诉。二审法院经审理认为曹某构成犯罪，但曹某在二审作出裁判前因病死亡。二审法院应当如何处理该案件？

- A. 裁定全案终止审理，原判决自行生效
- B. 裁定对上诉终止审理，维持一审判决
- C. 裁定撤销一审判决，发回原审法院重审
- D. 宣布对曹某终止审理，对其他被告人仍应作出判决或裁定

答案：D。

解析：第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，或者人民检察院只就第一审人民法院对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院应当对全案进行审查，一并处理。共同犯罪案件，如果提出上诉的被告人死亡，其他被告人没有提出上诉，第二审人民法院仍应当对全案进行审查。死亡的被告人不构成犯罪的，应当宣告无罪；审查后认为构成犯罪的，应当宣布终止审理。对其他同案被告人仍应当作出判决或者裁定。



第一百八十九条 第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：

- (一) 原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；
- (二) 原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；
- (三) 原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百九十一条 第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：

- (一) 违反本法有关公开审判的规定的；
- (二) 违反回避制度的；
- (三) 剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；
- (四) 审判组织的组成不合法的；
- (五) 其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

第一百九十二条 原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭，依照第一审程序进行审判。对于重新审判后的判决，依照本法第一百八十条、第一百八十一条、第一百八十二条的规定可以上诉、抗诉。

第一百九十三条 第二审人民法院对不服第一审裁定的上诉或者抗诉，经过审查后，应当参照本法第一百八十九条、第一百九十一条和第一百九十二条的规定，分别情形用裁定驳回上诉、抗诉，或者撤销、变更原裁定。

#### 《高法解释》

第二百六十六条 在第二审案件附带民事部分审理中，第一审民事原告人增加独立的诉讼请求或者第一审民事被告人提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

### 法条精解

本部分规定了第二审的审理及处理方式。

#### 1. 第二审案件的审理方式和程序：

(1) 开庭审理。有三类案件二审需要开庭审理：①人民检察院抗诉的案件。②事实不清、证据不足的案件。③死刑立即执行的案件。

(2) 不开庭审理。对于经过合议庭阅卷，讯问被告人、听取其他诉讼参与人的意见后，认为事实清楚，认定的事实与第一审认定的没有变化，证据充分的，可以不开庭审理。不开庭审理的案件，也应公开宣判。

(3) 第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件，可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

(4) 第二审人民法院必须在开庭10日以前通知同级检察院查阅案卷。

人民法院审理检察院提出抗诉的案件，应当通知同级检察院派员出庭。对接到开庭通知后检察院不派员出庭的抗诉案件，人民法院应当裁定按检察院撤回抗诉处理，并通知第一审人民法院和当事人。

(5) 共同犯罪案件中没有提出上诉或未被抗诉的被告人的权利。①共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉或者人民检察院只就第一审人民法院对部分被告人的判决提出抗诉的，其他同案被告人也可以委托辩护人辩护。②共同犯罪案件，没有提出上诉的和没有对其判决提出抗诉的第一审被告人应当参加法庭调查，并可以参加法庭辩论。

2. 对地方各级人民法院第一审判决的上诉、抗诉案件，二审法院应当根据不同的情况作出不同的处理，基本形式包括三种：

(1) 裁定驳回上诉、抗诉，维持原判。包括两种情形：①一审裁判没有任何错误，二审维持原判；②一审量刑过轻，但受上诉不加刑原则的限制，维持原判。

(2) 依法改判。①应当改判：原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误或者量刑不当的，应当改



判；②可以改判：原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判。

(3) 裁定撤销原判，发回重审。注意：不论哪一种撤销原判发回重审的情形，原审人民法院都应依法另行组成合议庭，并按照第一审程序进行审判，所作的判决仍然可以上诉、抗诉。

① 应当撤销原判，发回重审。具体包括：违反《刑事诉讼法》有关公开审判的规定的；违反回避制度的；剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；审判组织的组成不合法的；其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

② 可以撤销原判，发回重审。原判决事实不清楚或者证据不足的，可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。注意：2003年11月12日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于严格执行刑事诉讼法，切实纠防超期羁押的通知》中对发回重审的次数作了规定：第二审人民法院经过审理，对于事实不清或者证据不足的案件，只能一次裁定撤销原判、发回原审人民法院重新审判；对于经过查证，只有部分犯罪事实清楚、证据充分的案件，只就该部分罪行进行认定和宣判；对于查证以后，仍然事实不清或者证据不足的案件，要依法作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决，不得拖延不决，迟迟不判。

(4) 如果上诉、抗诉是针对一审法院的裁定的，根据《刑事诉讼法》第193条的规定，其处理方式原则上同《刑事诉讼法》第189条、第191条以及第192条的规定基本一致，但有一点不同：二审法院只能用“裁定”的方式来结案，即分别情形用裁定驳回上诉、抗诉，或者撤销、变更原裁定。

(5) 在第二审案件附带民事诉讼部分的审理中，如果出现第一审民事原告人增加独立的诉讼请求或者第一审民事被告人提出反诉的情况，二审法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

### 3. 自诉案件的二审的特殊处理方法：

(1) 对第二审自诉案件，必要时可以进行治疗，当事人也可以自行和解。调解结案的，应当制作调解书，第一审判决、裁定视为自动撤销；当事人自行和解的，由人民法院裁定准许撤回自诉，并撤销第一审判决或者裁定。

(2) 第二审人民法院对于调解结案或者当事人自行和解的自诉案件，被告人被采取强制措施的，应当立即予以解除。

(3) 在第二审程序中，自诉案件的当事人提出反诉的，第二审人民法院应当告知其另行起诉。

此外，在此考点中，我们还要对判决、裁定和决定加以分析，以进行区分。因为这是司法考试的考点之一。

#### 1. 判决

(1) 判决专门用来解决实体问题，即定罪量刑问题。因此，需要在刑事审判中作出是否有罪以及是否判刑的处理时一律适用判决。

(2) 判决分为有罪判决、无罪判决和不负刑事责任的判决。其中，有罪判决又分为有罪处刑判决和有罪免刑判决；无罪判决又分为依据法律和现有证据认定被告人无罪的判决和证据不足、指控犯罪不能成立的无罪判决；不负刑事责任的判决适用于行为人不到刑事责任年龄和没有刑事责任能力的情形。

(3) 判决只能由人民法院作出。

(4) 判决必须以书面形式作出，不能以口头形式作出。

#### 2. 裁定

裁定是人民法院在审理案件或者判决执行过程中对有关诉讼程序和部分实体问题所做的一种处理。裁定和判决之间的区别是：

(1) 判决只解决案件的实体问题；而裁定解决实体问题，也解决程序问题。例如，适用裁定解决的实体问题包括在执行期间依法减刑、假释。

(2) 在一个案件中，发生法律效力并被执行的判决只有一个；而发生法律效力的裁定可以有若干个。

(3) 判决必须用书面形式表现出来；而裁定既可用书面形式，又可用口头形式。

(4) 上诉、抗诉期限不同。不服第一审刑事判决的上诉、抗诉期限为10日；而不服第一审裁定的上诉、抗诉期限为5日。

裁定的适用范围是：①程序性问题。包括是否恢复诉讼期限、终止审理、维持原判、撤销原判发回重审、驳回起诉或自诉以及核准死刑。②实体性问题。主要涉及减刑、假释、撤销缓刑和减免罚金。

#### 3. 决定

决定是用于解决诉讼程序问题的一种法院裁判形式。决定主要适用于以下情形：





(1) 对回避申请决定是否同意。

(2) 适用强制措施。

(3) 延长侦查中羁押犯罪嫌疑人的期间的决定。

(4) 关于延期审理的决定。

(5) 对当事人、辩护人提出的通知新的证人到庭、调取新的物证、重新鉴定或者勘验的申请等，都以决定的方式作出。

#### 4. 决定与判决和裁定的区别

(1) 适用对象不同。判决用于解决实体问题，裁定部分用于解决实体问题，部分用于解决程序问题，而决定只用于解决程序问题。

(2) 只有人民法院有权作出判决和裁定，而决定可以由人民法院、人民检察院、公安机关分别作出。

(3) 效力不同。第一审人民法院所作出的判决或者裁定，有关机关和人员依法可以上诉或者抗诉，并不立即发生法律效力。而决定无论由哪一级、哪一个公、检、法机关作出，均立即发生法律效力，不得上诉和抗诉。

(4) 形式不同。判决必须制作判决书，裁定和决定既可用书面形式，又可用口头形式，但以口头形式作出的要记入笔录。

### 真题示例

1. (四川 2008-2-74) 第二审法院在审查一审裁判时，发现下列哪些情形，应当裁定撤销原判，发回原审法院重新审判？

- A. 第一审程序为提高效率，没有让被告人作最后陈述，被告人也无异议
- B. 参与第一审程序的陪审员是本案的目击证人
- C. 对涉及国家秘密的案件进行了公开审理
- D. 没有告知被告人可以申请回避

答案：ABCD。

解析：根据《刑事诉讼法》第 191 条的规定，A 项中的做法剥夺了当事人的法定诉讼权利；B 项的做法违反了回避制度；C 项的做法违反了有关公开审判的规定；D 项的做法违反了回避规定。因此 ABCD 四个选项中的做法都属于“应当裁定撤销原判，发回重审的情形”，均应当选。本题正确答案是 ABCD。

2. (2004-2-94) 一审程序中有下列何种情形，二审人民法院应该撤销原判，发回原审法院重新审判？

- A. 对不复杂的共同犯罪案件适用简易程序审理的
- B. 适用简易程序审理的公诉案件，检察人员没有出庭的
- C. 一审合议庭的书记员应回避而未回避的
- D. 适用简易程序审理的自诉案件，开庭审理中被告人委托的辩护人没有出庭的

答案：C。

解析：本题考查二审法院对上诉案件的处理。根据《刑事诉讼法》第 189 条和第 191 条的规定可知当选 C。

3. (2009-2-95~97) 法院在刑事案件的审理过程中，根据对案件的不同处理需要使用判决、裁定和决定。请根据有关法律规定及刑事诉讼原理，回答第 95~97 题。

95. 关于判决、裁定、决定的适用对象，下列选项正确的是：

- A. 判决不适用于解决案件的程序问题
- B. 裁定不适用于解决案件的实体问题
- C. 决定只适用于解决案件的程序问题
- D. 解决案件的程序问题只能用决定

答案：AC。

解析：本题考查判决、裁定与决定的区别。

判决与裁定、决定适用的对象不同。裁定主要解决诉讼程序问题和部分实体问题，判决只解决案件的实体问题，决定是用于解决诉讼程序问题的一种法院裁判形式，故 AC 项正确，BD 项错误。

96. 关于一个案件中适用判决、裁定、决定的数量，下列选项正确的是：

- A. 在一个案件中，可以有多个判决
- B. 在一个案件中，可以有多个裁定



- C. 在一个案件中，可以有多个决定  
D. 在一个案件中，可以只有决定，而没有判决或裁定

答案：ABCD。

**解析：**本题考查一个案件中适用判决、裁定、决定的数量问题。一审程序作出判决后，当事人不服提起上诉，二审法院根据具体情况可以适用改判，也就是说，在一个案件中，可以有多个判决，故 A 项正确。但要注意，在一个案件中，发生法律效力并被执行的判决只有一个。裁定和决定都可以用于解决诉讼程序问题，所以一个案件中，可以有多个裁定或决定，BC 正确。D 项中，只有人民法院有权作出判决和裁定，而决定可以由人民法院、人民检察院、公安机关分别作出，所以处于立案侦查或审查起诉阶段的案件，可以只有决定，而没有判决或裁定。故 D 项正确。

97. 关于判决、裁定、决定的效力，下列选项正确的是：

- A. 判决只有经过法定上诉、抗诉期限才能发生法律效力  
B. 裁定一经作出立即发生法律效力  
C. 有些决定可以申请复议，复议期间不影响决定的效力

D. 法院减刑、假释裁定的法律效力并不最终确定，检察院认为不当而提出纠正意见的，法院应当重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定

答案：CD。

**解析：**本题考查判决、裁定、决定的效力。第二审的判决、裁定和最高人民法院的一审判决、裁定，都是终审的判决、裁定，并不需要经过法定上诉、抗诉期限才能发生法律效力，故 A 项错误。第一审法院所作的可以上诉的裁定，有关机关和人员不服的，可以依法上诉或者抗诉，并不立即发生法律效力，故 B 项错误。人民法院的决定一经作出，立即生效，不准上诉、抗诉，但有些决定可以申请复议，复议期间不影响决定的效力。故 C 项说法正确。根据《刑事诉讼法》第 222 条的规定，D 项说法正确。

## 重点法条

第一百九十条 第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚。

### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第二百五十七条 第二审人民法院审理被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚，并应当执行下列具体规定：

（一）共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，既不能加重提出上诉的被告人的刑罚，也不能加重其他同案被告人的刑罚；

（二）对原判定认定事实清楚、证据充分，只是认定的罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名；

（三）对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚；

（四）对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期；

（五）对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。

人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的案件，不受前款规定的限制。但是人民检察院抗诉的案件，经第二审人民法院审理后，改判被告人死刑立即执行的，应当报请最高人民法院核准。

第二百五十八条 共同犯罪案件中，人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院对其他第一审被告人不得加重刑罚。

## 法条精解

本部分规定的是第二审程序中的上诉不加刑原则。上诉不加刑，是指第二审人民法院审判仅有被告人一方提出上诉的案件时，不得改判重于原判刑罚的原则。





### 1. 上诉不加刑的要求

(1) 共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，既不能加重该被告人的刑罚，也不能加重其他未上诉的同案被告人的刑罚。

(2) 对原判认定事实清楚、证据充分，只是认定的罪名不当的，只能在不加重原判刑罚的情况下，改变罪名。

(3) 对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不得在维持原判决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚。

(4) 对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期。

(5) 对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻或者没有适用应当适用的附加刑的案件，二审法院不得撤销第一审判决而直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回原审法院重审。如果属于必须依法改判的情形，也应当等到第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判，即二审法院应当先裁定驳回上诉、维持原判，然后再另行启动审判监督程序。

(6) 共同犯罪案件中，检察机关如果只对部分被告人的判决提出抗诉的，对其他被告人不得加重刑罚。

### 2. 对上诉不加刑的限制

并非只要是被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出的上诉案件，就必须不得加重被告人的刑罚，只有在仅有被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属即被告人一方提出上诉时，才应当适用这一原则。在下面两种情形下，则不适用这一原则：

(1) 被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属没有提出上诉，而检察机关或者自诉人提出了上诉。

(2) 被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属虽然提出了上诉，但检察机关同时也提出了抗诉或者在自诉案件中自诉人也提出上诉的。

需要注意的是，上诉不加刑中的“刑”既包括主刑刑期，也包括附加刑刑期。加重附加刑还包括加大罚金数量。“刑”还包括刑罚的执行方法。如延长考验期限也是加刑。

## 真题示例

1. (2009-2-35) 下列哪一选项违反上诉不加刑原则？

A. 一审法院认定马某犯伤害罪判处有期徒刑三年，马某上诉，检察院没有抗诉，二审法院认为一审判决认定事实不清，发回原审法院重新审判

B. 一审法院认定赵某犯抢夺罪判处有期徒刑五年，赵某上诉，检察院没有抗诉，二审法院在没有改变刑期的情况下将罪名改判为抢劫罪

C. 一审法院以盗窃罪判处金某有期徒刑二年、王某有期徒刑一年，金某、王某以没有实施犯罪为由提起上诉，检察院认为对金某量刑畸轻提出抗诉，二审法院经审理认为一审对金某、王某量刑均偏轻，但仅对金某改判为五年

D. 一审法院认定石某犯杀人罪判处死刑立即执行，犯抢劫罪判处无期徒刑，数罪并罚决定执行死刑立即执行。石某上诉后，二审法院认为石某在抢劫现场杀人只构成抢劫罪一个罪，遂撤销一审对杀人罪的认定，以抢劫罪判处死刑立即执行

答案：D。

解析：本题考查上诉不加刑原则。根据《刑事诉讼法》第189条的规定，A项属于第(2)种情形，不违反上诉不加刑原则。根据《高法解释》第257条的规定，BC项不违反上诉不加刑原则，D项违反其第(3)项规定，符合题意。

2. (2004-2-38) 某县人民法院一审以抢夺罪判处高某有期徒刑3年。一审宣判后高某向市中级人民法院提出上诉，县人民检察院未提出抗诉。市中级人民法院经审理，认为原判认定事实清楚，证据充分，但罪名认定不当，量刑过轻，高某的行为构成抢劫罪，应判处有期徒刑6年。市中级人民法院应当作出何种处理？

A. 将抢夺罪改判为抢劫罪，将原判刑期改为6年 B. 在维持原判罪名的情况下将原判刑期改为6年

C. 在不加重原判刑罚的情况下将罪名改为抢劫罪 D. 维持原判

答案：C。

解析：根据《高法解释》第257条的规定，对于其第③项“对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚”，所以本题答案为C。

## 重点法条

第一百八十四条 被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过原审人民法院提出上诉的，原审人民法院应当在三日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在三日以内将上诉状交原审人民法院送交同级人民检察院和对方当事人。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件或者第二审人民法院开庭审理的公诉案件，同级人民检察院都应当派员出庭。第二审人民法院必须在开庭十日以前通知人民检察院查阅案卷。

第一百九十四条 第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，原审人民法院从收到发回的案件之日起，重新计算审理期限。

第一百九十六条 第二审人民法院受理上诉、抗诉案件，应当在一个月以内审结，至迟不得超过一个半月。有本法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月，但是最高人民法院受理的上诉、抗诉案件，由最高人民法院决定。

## 法条精解

本部分规定的是二审中关于期限的规定。上述规定的期限都很明确，不必赘述。考生重点把握以下两点：

1. 如果二案发回重审，适用的是一审审限，而且该审限自原审人民法院收到发回的案件之日起重新计算。
2. 上述《刑事诉讼法》第196条规定的二审的审限，适用于二审法院，考生应注意各种延长情形。

## 重点法条

### 《高法解释》

第二百六十八条 根据刑法第六十三条第二款规定报请最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚的案件，按下列情形分别处理：

（一）被告人不提出上诉、人民检察院不提出抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请上一级人民法院复核。上一级人民法院同意原判的，应当逐级报请最高人民法院核准；上一级人民法院不同意原判的，应当裁定发回重新审判或者改变管辖，按照第一审程序重新审判。原判是由基层人民法院作出的，高级人民法院可以指定中级人民法院按照第一审程序重新审判；

（二）被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的案件，应当按照第二审程序审理。上诉或者抗诉无理的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判，并按照本条第（一）项规定的程序逐级报请最高人民法院核准。上诉或者抗诉有理的，应当依法改判。改判后仍判决在法定刑以下处以刑罚的，按照本条第（一）项规定的程序逐级报请最高人民法院核准。

### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第二百七十条 最高人民法院复核在法定刑以下判处刑罚的案件，予以核准的，作出核准裁定书；不予核准的，应当撤销原判决、裁定，发回原审人民法院重新审判或者指定其他下级人民法院重新审判。

## 法条精解

本部分规定的是在法定刑以下判处刑罚的核准程序。报请最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚的案件，按下列情形分别处理：

### 1. 实行逐级报请制度

被告人不提出上诉、人民检察院不提出抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日内报请上一级人民法院复核。上一级人民法院同意原判的，应当逐级报请最高人民法院核准。

被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的案件，应当按照第二审程序审理。上诉或者抗诉无理的，





应当裁定驳回上诉或者抗诉,维持原判,并按照上述程序逐级报请最高人民法院核准。上诉或者抗诉有理的,应当依法改判。改判后仍判决在法定刑以下处以刑罚的,按照上述程序逐级报请最高人民法院核准。

注意:任何一个上级法院都有否决权。上一级人民法院不同意原判的,应当裁定发回重新审判或者改变管辖,按照第一审程序重新审理。原判是由基层人民法院作出的,高级人民法院可以指定中级人民法院按照第一审程序重新审理。

## 2. 最高人民法院复核后的处理

最高人民法院复核在法定刑以下判处刑罚的案件,予以核准的,作出核准裁定书;不予核准的,应当撤销原判决、裁定,发回原审人民法院重新审判或者指定其他下级人民法院重新审判。

### 真题示例

1. (2004-2-95) 曲某因涉嫌爆炸罪被检察机关提起公诉。某市中级人民法院经审理认为,曲某的犯罪行为虽然使公私财物遭受了重大损失,也没有法定减轻处罚情节,但根据案件特殊情况,可以在法定刑以下判处刑罚,于是判处曲某有期徒刑8年。曲某在法定期间内没有提出上诉,检察机关也没有提出抗诉。该案在程序上应当如何处理?

- A. 在上诉、抗诉期满后3日内报请上一级人民法院复核
- B. 如果上一级人民法院同意原判,应当逐级报请最高人民法院核准
- C. 如果上一级人民法院不同意在法定刑以下判处刑罚,应在改判后逐级报请最高人民法院核准
- D. 最高人民法院予以核准的,应当作出核准裁定书

答案: ABD。

解析: 本题考查的是在法定刑以下判处刑罚的程序,《高法解释》第14章中有明确的规定。

2. (2008-2-3) 案情: 张某与王某因口角发生扭打, 张某将王某打成重伤。检察院以故意伤害罪向法院提起公诉, 被害人王某同时向法院提起附带民事诉讼。(本题20分)

问题:

(1) 如果一审宣判后, 张某对刑事部分不服提出上诉, 王某对民事部分不服提出上诉, 第二审法院在审理中发现本案的刑事部分和附带民事部分认定事实都没有错误, 但适用法律有错误, 应当如何处理?

(2) 如果一审宣判后, 检察院对本案刑事部分提起了抗诉, 本案的附带民事部分没有上诉。第二审法院在审理中发现本案民事部分有错误, 二审法院对民事部分应如何处理?

(3) 如果一审宣判后, 本案的刑事部分既没有上诉也没有抗诉, 王某对本案附带民事部分提起了上诉, 在刑事部分已经发生法律效力, 二审法院在审理中发现本案的刑事部分有错误, 二审法院应如何处理?

(4) 如果一审宣判后, 王某对附带民事部分判决上诉中增加了独立的诉讼请求, 张某在二审中也对民事部分提出了反诉, 二审法院应当如何处理?

(5) 如果在一审程序中, 法院审查王某提起的附带民事诉讼请求后, 认为不符合提起附带民事诉讼的条件, 法院应当如何处理?

(6) 如果法院受理了附带民事诉讼, 根据我国《刑事诉讼法》及司法解释相关规定, 对一审过程中附带民事诉讼的调解, 法院应当如何处理?

参考答案:

(1) 第二审人民法院应当在二审判决中一并改判。

(2) 第二审人民法院应当对民事部分按审判监督程序予以纠正。

(3) 第二审人民法院应当对刑事部分按照审判监督程序进行再审, 并将附带民事诉讼部分与刑事部分一并审理。

(4) 第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解, 调解不成的, 告知当事人另行起诉。

(5) 人民法院经审查认为不符合提起附带民事诉讼条件规定的, 应当裁定驳回起诉。

(6) ①调解应当在自愿合法的基础上进行, 经调解达成协议的, 审判人员应当及时制作调解书, 调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。②调解达成协议并当庭执行完毕的, 可以不制作调解书, 但应记入笔录, 经双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章即发生法律效力。③经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人反悔的, 附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并判决。



第二百条 中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，应当由高级人民法院复核后，报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的，可以提审或者发回重新审判。

高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，和判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第一百九十九条 死刑由最高人民法院核准。

第二百零一条 中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准。

#### 《高法解释》

第二百七十五条 报请最高人民法院核准的死刑案件，按照下列情形分别处理：

（一）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高人民法院核准；不同意判处死刑的，应当提审或者发回重新审判；

（二）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉，高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准；

（三）高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请最高人民法院核准；

（四）依法应当由最高人民法院核准的死刑案件，判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

第二百八十条 报请复核死刑（死刑缓期二年执行）案件，应当一案一报。报送的材料应当包括报请复核的报告、死刑（死刑缓期二年执行）案件综合报告和判决书各十五份，以及全部诉讼案卷和证据；共同犯罪的案件，应当报送全案的诉讼案卷和证据。

（一）报请复核的报告，应当载明案由、简要案情和审理过程及判决结果；

（二）死刑（死刑缓期二年执行）案件综合报告应当包括以下主要内容：

1. 被告人的姓名、性别、出生年月日、民族、文化程度、职业、住址、简历以及拘留、逮捕、起诉的时间和现在被羁押的处所；

2. 被告人的犯罪事实，包括犯罪时间、地点、动机、目的、手段、危害后果以及从轻、从重处罚等情节，认定犯罪的证据，定罪量刑的法律依据；

3. 需要说明的其他问题。

第二百八十六条 高级人民法院复核后发回原审人民法院重新审判的案件，重新审判所作的判决、裁定，被告人可以提出上诉，人民检察院可以提出抗诉。

#### 《六部委规定》

47. 高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，应当作出核准或者不核准的决定，不能加重被告人的刑罚。

#### 《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》

第一条 最高人民法院复核死刑案件，应当作出核准的裁定、判决，或者作出不予核准的裁定。

第二条 原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的，裁定予以核准。

原判判处被告人死刑并无不当，但具体认定的某一事实或者引用的法律条款等不完全准确、规范的，可以在纠正后作出核准死刑的判决或者裁定。

第三条 最高人民法院复核后认为原判认定事实不清、证据不足的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。

第四条 最高人民法院复核后认为原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。

第五条 最高人民法院复核后认为原审人民法院违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。

第八条 最高人民法院裁定不予核准死刑的，根据案件具体情形可以发回第二审人民法院或者第一审



人民法院重新审判。

高级人民法院依照复核程序审理后报请最高人民法院核准死刑的案件，最高人民法院裁定不予核准死刑，发回高级人民法院重新审判的，高级人民法院可以提审或者发回第一审人民法院重新审判。

## 法条精解

本部分规定的是死刑复核程序的要求和处理。

1. 目前我国死刑案件的核准权包括两个内容：①最高人民法院判决的死刑案件，无需核准，立即发生法律效力。②除依法由最高人民法院判决的死刑案件，一律上报最高人民法院核准。

注意，《刑事诉讼法》最初即规定死刑案件一律由最高人民法院核准，但之后的司法解释不断做出例外规定，使得死刑核准权逐渐部分下放至高级人民法院，直至最新修订的《法院组织法》规定，“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准。”即摒弃了以往最高人民法院授权高级人民法院行使部分死刑案件的核准权的做法，死刑案件的核准权收归最高人民法院统一行使。为了贯彻这一要求，最高人民法院于2006年12月13日发布了《关于统一行使死刑案件核准权有关问题的决定》，规定：

(1) 自2007年1月1日起，最高人民法院根据全国人民代表大会常务委员会有关决定和人民法院组织法原第13条的规定发布的关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知，一律予以废止。

(2) 自2007年1月1日起，死刑除依法由最高人民法院判决的以外，各高级人民法院和解放军军事法院依法判处和裁定的，应当报请最高人民法院核准。

(3) 2006年12月31日以前，各高级人民法院和解放军军事法院已经核准的死刑立即执行的判决、裁定，依法仍由各高级人民法院、解放军军事法院院长签发执行死刑的命令。

2. 死刑复核报请程序的特点：

(1) 自动性。死刑立即执行案件的核准报请程序是法院系统自动启动的，不以被告人、检察院的意思表示为转移。

(2) 层报性。死刑立即执行案件的核准报请，必须逐级上报，不能越级。

(3) 独立的复核性。由于死刑复核权本身就是审判权的一种，因此，任何复核法院都享有独立的复核权。

3. 中级或者高级人民法院报请复核死刑案件，应当一案一报。

4. 报送的材料应当包括报请复核的报告、死刑（死刑缓期二年执行）案件综合报告和判决书各15份，以及全部诉讼案卷和证据。共同犯罪的案件，应当报送全案的诉讼案卷和证据。

5. 最高人民法院核准死刑立即执行案件的报请复核应当遵循以下要求：

(1) 中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，再报请最高人民法院核准。

高级人民法院有权在死刑复核过程中否决中级人民法院的一审死刑判决。否决的方法有两种：一是提审改判，此即为终审裁判，其中改判为死刑缓期二年执行的判决，不需经过复核程序；二是撤销原判，发回重新审判。

(2) 中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉，高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准；高级人民法院经二审不同意判处死刑的，应依不同情形直接改判或者发回重审，高级人民法院所作的改判为死刑缓期二年执行的判决，即为终审判决，不需再经复核程序。

(3) 高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日内报请最高人民法院核准；

(4) 依法应当由最高人民法院核准的死刑案件，判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

## 真题示例

1. (2005-2-35) 李某因犯故意杀人罪被某市中级人民法院一审判处死刑，缓期二年执行。判决后，李某没有上诉，检察机关也没有抗诉。省高级人民法院在复核该案时认为，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，但量刑不当，因为李某杀人后先奸尸又碎尸，情节恶劣，应当判处死刑立即执行。省高级人民法院应当如何处理该案？



- A. 裁定撤销原判，直接改判李某死刑立即执行
- B. 裁定撤销原判，发回市中级人民法院重新审判
- C. 裁定撤销原判，由省高级人民法院进行第一审，依法判处李某死刑立即执行
- D. 裁定维持一审判决

答案：D。

解析：高级法院复核或者核准死刑（死缓）的要求有：第一，必须提审被告人，依据是《高法解释》第282条的规定。第二，由审判员三人组成合议庭，依据是《刑事诉讼法》第202条。第三，高级法院核准死缓案件不能加重被告人的刑罚，依据是《六部委规定》第47条。本题目中的A、C因为都是一种加重刑罚的表现，所以都是不正确的。D是正确的。第四，高级人民法院核准死缓的案件，不得以提高审级的方式加重被告人的刑罚，依据是《高法解释》第278条。本案中，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，但量刑过轻。这种情况下不可以发回重审。所以，B是错误的。

2.（2004-2-21）刘某因贪污罪被某市中级人民法院一审判处死刑，缓期2年执行。判决后刘某未上诉，人民检察院也未抗诉，市中级人民法院遂在抗诉、上诉期满后第二天报请省高级人民法院核准。省高级人民法院不得作出下列哪项处理？

- A. 认为原判事实不清，证据不足，发回重审
- B. 认为原判刑罚太重，不同意判处死缓，直接改判为有期徒刑15年
- C. 认为原判刑罚太轻，应判处死刑立即执行，直接改判并报最高人民法院核准
- D. 同意判处死缓，作出予以核准的裁定

答案：C。

解析：对于依授权可以由高级人民法院核准的死刑案件，中级人民法院判处死刑后，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日内报请高级人民法院核准。高级人民法院同意判处死刑的，应当裁定核准死刑；不同意判处死刑的，应当依法改判；认为原判事实不清，证据不足的，应当发回中级人民法院重新审判。因此，本题中ABD符合上面列举的3种结果，而对于C高级法院是不可以直接改判死刑立即执行的。

3.（2007-2-74）最高人民法院复核死刑案件时，裁定不予核准，发回重审的案件，应当如何处理？

- A. 既可以发回二审法院重新审判，也可以发回一审法院重新审判
- B. 发回二审法院重新审判的案件，除法律另有规定外，二审法院可以不经开庭直接改判
- C. 发回一审法院重新审判的案件，一审法院应当开庭审理
- D. 最高人民法院复核后认为原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判的案件，重新审判的法院应当另行组成合议庭进行审理

答案：ABC。

解析：根据《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第8条的规定，A项是正确的。根据该规定第9条，B项正确的。根据该规定第10条，C项正确的。又根据其第11条的规定，D项的情形不包括在其所规定的情形中，所以D项错误的。综上，本题的正确选项是ABC。

## 重点法条

### 《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》

第六条 数罪并罚案件，一人有两罪以上被判处死刑，最高人民法院复核后，认为其中部分犯罪的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分犯罪的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的犯罪作出核准死刑的判决。

### 【关联法条】

### 《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》

第七条 一案中两名以上被告人被判处死刑，最高人民法院复核后，认为其中部分被告人的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分被告人的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的被告人作出核准死刑的判决。



第二百八十七条 共同犯罪案件中，部分被告人被判处死刑的，最高人民法院或者高级人民法院复核时，应当对全案进行审查，但不影响对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定的执行；发现对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定确有错误时，可以指令原审人民法院再审。

## 法条精解

上述法条规定的是数罪并罚案件与一人有数罪的死刑案件的复核程序。但本部分的解析不限于这一考点。借助上述法条，我们分析判处死刑立即执行案件的复核与死刑缓期二年执行案件的复核程序。

### 1. 判处死刑立即执行案件的复核

(1) 最高人民法院复核死刑案件，应当由审判员3人组成合议庭进行。死刑案件一般要进行以下活动：

①提审被告人。这是死刑复核程序的重要环节。②阅卷。③制作复核审理报告。

(2) 复核的三类结果。对于报请复核的死刑案件，最高人民法院原则上只能作出核准死刑或者不核准死刑的裁定，只有在少数特定情况下，可以依法改判。

①核准死刑。原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的，裁定予以核准；原判判处被告人死刑并无不当，但具体认定的某一事实或者引用的法律条款等不完全准确、规范的，可以在纠正后作出核准死刑的判决或者裁定。

②裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。包括三种情形：复核后认为原判认定事实不清、证据不足的（事实原因）；复核后认为原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的（法律原因）；复核后认为原审人民法院违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的（程序原因）。

③改判。改判是一种例外。司法解释保留了最高人民法院对少数死刑复核案件部分核准死刑前提下的有限改判做法。

数罪并罚案件，一人有两罪以上被判处死刑，最高人民法院复核后，认为其中部分犯罪的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分犯罪的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的犯罪作出核准死刑的判决。

一案中两名以上被告人被判处死刑，最高人民法院复核后，认为其中部分被告人的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分被告人的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的被告人作出核准死刑的判决。

(3) 复核的裁判文书应说明裁判理由。最高人民法院依照本规定核准或者不予核准死刑的，裁判文书应当引用相关法律和司法解释条文，并说明理由。

### 2. 死刑缓期二年执行案件的复核程序

(1) 死刑缓期二年执行案件的核准权。除了最高人民法院审理和高级人民法院判处的死刑缓期二年执行的案件外，判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准。

(2) 死刑缓期二年执行案件的报请与复核程序。①中级人民法院判处死刑缓期二年执行的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，应当报请高级人民法院核准。②高级人民法院复核死刑缓期二年执行的案件，应当由审判员3人组成合议庭进行。③高级人民法院复核或者核准死刑（死刑缓期二年执行）案件，必须提审被告人。

(3) 高级人民法院对于报请核准的死刑缓期二年执行的案件，按照下列情形分别处理：①同意判处死刑缓期二年执行的，应当裁定予以核准。②认为原判事实不清、证据不足的，应当裁定发回重新审判。③认为原判量刑过重的，应当依法改判。④高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，不得以提高审级等方式加重被告人的刑罚。

(4) 复核死刑（死刑缓期二年执行）案件，应当围绕定罪与量刑内容全面审查。

## 真题示例

1. (2008-2-79) 关于死刑复核程序，下列哪些选项是正确的？

A. 赵某因故意杀人罪和贩毒罪分别被判处死刑，最高法院对案件进行复核时，认为张某贩毒罪的死刑判决认定事实和适用法律正确、量刑适当、程序合法，但故意杀人罪的死刑判决事实不清、证据不足，遂对全案裁定不予核准，撤销原判，发回重审

B. 钱某因绑架罪和抢劫罪分别被判处死刑，最高法院在对案件进行复核时，发现钱某绑架罪的死刑判





认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法，抢劫罪的死刑判决认定事实清楚，但依法不应当判处死刑，遂对绑架罪作出核准死刑的判决，对抢劫罪的死刑判决予以改判

C. 孙某伙同李某持枪抢劫银行被分别判处死刑，最高法院进行复核时发现孙某的死刑判决认定事实和适用法律正确、量刑适当、程序合法，李某的死刑判决认定事实不清、证据不足，遂对全案裁定不予核准

D. 周某伙同吴某劫持航空器致人重伤被分别判处死刑，最高法院在复核时发现周某的死刑判决认定事实和适用法律正确、量刑适当、程序合法，吴某的死刑判决认定事实清楚，但依法不应当判处死刑，遂对周某作出核准死刑的判决，对吴某的死刑判决予以改判

**答案：**ABCD。

**解析：**根据《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第6条的规定，A和B正确，当选；又据其第7条的规定，C和D的说法正确，当选。本题正确答案是ABCD。

2.（四川2008-2-69）在一起共同犯罪案件中，被告人王某被判处死刑，被告人夏某被判处有期徒刑13年。最高法院复核此案时，下列哪些做法是正确的？

- A. 既审查被告人王某的判决部分，也审查被告人夏某的判决部分
- B. 只对判处死刑的判决部分进行核准
- C. 对有关夏某的判决部分应先停止执行，待对死刑判决复核后再开始执行
- D. 对全案的审查，不影响对已生效的夏某判决的执行

**答案：**ABD。

**解析：**《高法解释》第287条规定，共同犯罪案件中，部分被告人被判处死刑的，最高法院或者高级人民法院复核时，应当对全案进行审查，但不影响对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定的执行；发现对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定确有错误时，可以指令原审人民法院再审。因此，本题的正确答案是ABD。

## 重点法条

### 《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》

第九条 发回第二审人民法院重新审判的案件，第二审人民法院可以直接改判；必须通过开庭审理查清事实、核实证据的，或者必须通过开庭审理纠正原审程序违法的，应当开庭审理。

### 【关联法条】

### 《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》

第十条 发回第一审人民法院重新审判的案件，第一审人民法院应当开庭审理。

第十一条 依照本规定第三条、第五条、第六条、第七条发回重新审判的案件，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。

## 法条精解

本部分规定的是发回重审后的处理。最高法院裁定不予核准死刑的，根据案件具体情形可以发回第二审人民法院或者第一审人民法院重新审判。

1. 高级人民法院依照复核程序审理后报请最高法院核准死刑的案件，最高法院裁定不予核准死刑，发回高级人民法院重新审判的，高级人民法院可以提审或者发回第一审人民法院重新审判。

2. 发回一审和发回二审程序的区别与联系：

（1）区别。发回一审的案件，第一审人民法院必须开庭审理；发回二审的案件，二审法院可以不经开庭审理直接改判（但必须通过开庭审理查清事实、核实证据的，或者必须通过开庭审理纠正原审程序违法的，应当开庭审理）。

（2）联系。除了法律适用的原因（《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第4条）以外，发回重新审判的案件，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。

## 真题示例

（2009-4-3）案情：杨某被单位辞退，对单位领导极度不满，心存报复。一天，杨某纠集董某、樊某携带匕首闯至厂长贾某办公室，将贾某当场杀死。中级法院一审以故意杀人罪判处杨某死刑，立即执行，判处董某死刑缓期二年执行，判处樊某有期徒刑十五年。



**问题：**

1. 如一审宣判后，被告人杨某、董某、樊某均未上诉，检察机关亦未抗诉，对被告人杨某、董某、樊某的一审判决，中级法院和高级法院分别应当如何处理？
2. 如一审宣判后，被告人杨某、董某均未上诉，检察机关亦未抗诉，樊某提出上诉，高级法院应按什么程序处理对杨某、董某的一审判决？理由是什么？
3. 如一审宣判后，被告人杨某、董某、樊某均未上诉，检察机关亦未抗诉，但贾某的妻子对附带民事判决不服提起上诉，高级法院应按什么程序处理对杨某、董某的一审判决？理由是什么？
4. 被告人杨某经最高法院核准死刑并下达执行死刑命令后，下级法院发现杨某可能另案犯有伤害罪，对杨某应当如何处理？

**参考答案：**

1. (1) 对杨某来说，中级法院在上诉、抗诉期满后3日内报请高级法院复核。高级法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高法院核准；不同意判处死刑的，应当提审或发回重新审判。
- (2) 对董某来说，中级法院在上诉、抗诉期满后应当报请高级法院核准。高级法院同意判处死刑缓期二年执行的，应当裁定予以核准；认为原判事实不清、证据不足的，应当裁定发回原中级法院重新审判；认为原判量刑过重的应当依法改判。
- (3) 对樊某来说，中级法院在上诉、抗诉期满后应当交付执行。
2. 高级法院应按二审程序对杨某、董某的一审判决进行审查。理由是：杨某和董某、樊某系共同犯罪，一审法院进行了全案审理一并判决，根据《刑事诉讼法》的规定，共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，二审法院应当对全案进行审查，一并处理。
3. 高级法院应按死刑复核程序处理对杨某、董某的一审判决。理由是：对刑事附带民事案件，其刑事部分与民事部分可以独立提出上诉，按最高法院的解释，如果只对民事部分提出上诉，其效力不影响刑事部分的效力，高级法院对杨某、董某的死刑判决不适用二审程序，而应按死刑复核程序处理。
4. 下级法院应当停止执行，并且立即报告最高法院，由最高法院作出裁定。

**解析：**具体法条请参见《刑事诉讼法》第186条、第208条、第211条，《高法解释》第262条、第275条第1项、第278条、第287条及《最高人民法院关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定》。

**重点法条**

**第二百零三条** 当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。

**【关联法条】****《刑事诉讼法》**

**第二百零四条** 当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：

- (一) 有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；
- (二) 据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；
- (三) 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- (四) 审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

**《高法解释》**

**第二百九十六条** 各级人民法院对当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力判决、裁定提出的申诉，应当进行登记并认真审查处理。

**第二百九十七条** 人民法院经审查，对不符合刑事诉讼法第二百零三条规定的申诉，按来信、来访处理。

**第二百九十八条** 受理、审查申诉一般由作出发生法律效力判决、裁定的人民法院进行。直接向上级人民法院申诉的，如果没有经作出发生法律效力判决、裁定的人民法院审查处理，上级人民法院可以交该人民法院审查，并告知申诉人；如果属于案情疑难、复杂、重大的，或者已经由作出发生法律效力判决、裁定的人民法院审查处理后仍坚持申诉的，上级人民法院可以直接受理、审查，下级人民法院也可以请求移送上一级人民法院审查处理。

**第二百九十九条** 原审人民法院审查处理的申诉、上级人民法院直接处理的申诉和转交下级人民法院审查处理的申诉，应当立申诉卷。

第三百条 第二审人民法院对不服本院维持第一审人民法院裁判的申诉,可以交由第一审人民法院审查。第一审人民法院审查后,应当写出审查报告,提出处理意见,报第二审人民法院审定。

第三百零一条 对最高人民法院核准死刑的案件或者授权高级人民法院核准死刑案件的申诉,可以由原核准的人民法院直接处理,也可以交由原审人民法院审查。原审人民法院应当写出审查报告,提出处理意见,逐级上报原核准的人民法院审定。

第三百零二条 人民法院受理申诉后,应当在三个月内作出决定,至迟不得超过六个月。经审查,认为有刑事诉讼法第二百零四条规定的情形之一的,由院长提请审判委员会决定重新审判;对不符合刑事诉讼法第二百零四条规定的申诉,应当说服申诉人撤回申诉;对仍然坚持申诉的,应当书面通知驳回。

第三百零三条 申诉人对驳回申诉不服的,可以向上一级人民法院申诉。上一级人民法院经审查认为申诉不符合刑事诉讼法第二百零四条规定的,应当予以驳回。经两级人民法院处理后又提出申诉的,如果没有新的充分理由,人民法院可以不再受理。

## 法条精解

本部分规定的是审判监督程序启动方式之一:申诉。审判监督程序中的申诉,是当事人及其法定代理人、近亲属认为人民法院已经发生法律效力判决、裁定有错误,要求人民法院或者人民检察院进行审查处理的一种请求。

申诉是提起审判监督程序的材料来源中的最主要的形式之一,也是司法考试最易考察的内容。

1. 申诉的主体。当事人及其法定代理人、近亲属。注意,这与上诉的主体是不同的。如被害人有权申诉但没有上诉权,而近亲属没有独立的上诉权却有独立的申诉权。

2. 申诉的对象。申诉的对象是已经发生法律效力判决、裁定。

3. 申诉的受理机关。既包括人民法院,也包括人民检察院。这里人民法院的级别法律并没有限定,行为人可以向原审法院提出,也可以向上级人民法院提出。根据《高法解释》第298条的规定,受理、审查行为人的申诉一般由作出发生法律效力判决、裁定的人民法院进行。

4. 申诉的时间:

(1) 人民法院对刑事案件的申诉人在刑罚执行完毕后2年内提出的申诉,应当受理。

(2) 超过2年提出申诉,具有下列情形之一的,应当受理:①可能对原审被告宣告无罪的;②原审被告人在本条规定的期限内向人民法院提出申诉,人民法院未受理的;③属于疑难、复杂、重大案件的。

5. 申诉的效力。申诉只是提起审判监督程序的一种材料来源,不能直接引起审判监督程序,也不能停止生效判决、裁定的执行。根据本法第204条的规定,申诉只有在符合法定情形下,才能引起重新审判。这些法定情形主要包括:

(1) 有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的。

(2) 据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的。

(3) 原判决、裁定适用法律确有错误的。

(4) 审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

6. 申诉的审查处理:

(1) 受理、审查申诉一般由作出发生法律效力判决、裁定的人民法院进行。直接向上级人民法院申诉的,如果没有经作出发生法律效力判决、裁定的人民法院审查处理,上级人民法院可以交该人民法院审查,并告知申诉人;如果属于案情疑难、复杂、重大的,或者已经由作出发生法律效力判决、裁定的人民法院审查处理后仍坚持申诉的,上级人民法院可以直接受理、审查,下级人民法院也可以请求移送上一级人民法院审查处理。

(2) 原审人民法院审查处理的申诉、上级人民法院直接处理的申诉和转交下级人民法院审查处理的申诉,应当立申诉卷。

(3) 第二审人民法院对不服本院维持第一审人民法院裁判的申诉,可以交由第一审人民法院审查。第一审人民法院审查后,应当写出审查报告,提出处理意见,报第二审人民法院审定。

(4) 人民法院受理申诉后,应当在3个月内作出决定,至迟不得超过6个月。

(5) 申诉人对驳回申诉不服的,可以向上一级人民法院申诉。上一级人民法院经审查认为申诉不符合刑事诉讼法第二百零四条规定的,应当予以驳回。经两级人民法院处理后又提出申诉的,如果没有新的充



分理由，人民法院可以不再受理。

7. 根据《刑事诉讼法》第 223 条的规定，监狱或者其他执行机关在刑罚执行过程中如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉的，应当转请人民检察院或者原判人民法院。这里对转请的检察机关没有限定，但对转请的法院则仅限于原审人民法院。

### 真题示例

1. (2009-2-37) 关于生效裁判申诉的审查处理，下列哪一选项是正确的？

A. 赵某强奸案的申诉，由上级法院转交下级法院审查处理，不立申诉卷

B. 二审法院将不服本院裁判的刘某抢劫案的申诉交一审法院审查，一审法院审查后直接作出处理

C. 李某对最高法院核准死刑的案件的申诉，最高法院可以直接处理，也可以交原审法院审查。交原审法院审查的，原审法院应当写出审查报告，提出处理意见，逐级报最高法院审定

D. 高某受贿案的申诉，经两级法院处理后不服又申诉，法院不再受理

答案：C。

解析：本题考查刑事诉讼中的申诉。根据《高法解释》第 299 条的规定，A 项说法错误。根据其第 300 条的规定，B 项说法错误。据其第 301 条的规定，C 项说法正确。又据该司法解释第 303 条的规定，D 项说法错误。

2. (2007-2-33) 某市中级人民法院判处被告人死缓。被告人没有上诉，检察机关没有抗诉。该案经省高级人民法院核准后，被害人不服，提出申诉。如果提起审判监督程序，下列哪一选项是正确的？

A. 由市人民检察院提出抗诉

B. 由省人民检察院提起审判监督程序

C. 由市中级人民法院院长提交本院审判委员会处理

D. 由省高级人民法院院长提交本院审判委员会处理

答案：D。

解析：本案中，生效裁判的作出法院是该省高级人民法院，因此，根据《刑事诉讼法》第 205 条的规定，如果要提起审判监督程序，只有最高人民检察院、最高人民法院和该省高级人民法院才有权启动审判监督程序。只有 D 项正确。

### 重点法条

第二百零五条 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。

最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。

最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

人民检察院抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理，对于原判决事实不清楚或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第二百零六条 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

#### 《高法解释》

第三百零五条 最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，可以指令下级人民法院再审；对于原判决、裁定认定事实正确，但是在适用法律上有错误，或者案情疑难、复杂、重大的，或者有其他不宜由原审法院审理的情况的案件，也可以提审。

第三百零六条 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，按照审判监督程序向同级人民法院提





出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理；对于原判决事实不清或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审，并将指令再审的决定书抄送抗诉的人民检察院。

### 《高检规则》

第四百零六条 人民检察院认为人民法院已经发生法律效力的判决、裁定确有错误，具有下列情形之一的，应当按照审判监督程序向人民法院提出抗诉：

- (一) 有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；
- (二) 据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；
- (三) 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- (四) 审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

第四百零八条 最高人民检察院发现各级人民法院已经发生法律效力的判决或者裁定，上级人民检察院发现下级人民法院已经发生法律效力的判决或者裁定确有错误时，可以直接向同级人民法院提出抗诉，或者指令作出生效判决、裁定人民法院的上一级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

### 法条精解

本部分规定的是提起审判监督程序的主体。与申诉不同，人民法院与人民检察院的行为可以直接启动审判监督程序。有权提起审判监督程序的主体有：

#### 1. 各级人民法院院长和审判委员会

各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。

以下问题需要引起注意：

(1) 这里的“各级人民法院”是指做出生效判决、裁定的人民法院。如果院长发现原属本院一审，但又经上一级人民法院二审的判决或裁定确有错误，则只能向二审人民法院提出意见，由二审人民法院决定是否提起审判监督程序。

(2) 对本院已经发生法律效力的判决、裁定提起审判监督程序的权力，应由院长和审判委员会共同行使，即由院长提交审判委员会处理，经审判委员会讨论决定是否再审。

#### 2. 最高人民法院和上级人民法院

(1) 最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。

(2) 上级人民法院对下级人民法院作出的终审裁判，认为确有必要的，可以直接立案复查，经审查认为符合再审立案条件的，可以决定或裁定再审。

#### 3. 最高人民检察院和上级人民检察院

最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

人民检察院抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新开庭审理，对于原判决事实不清楚或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审。

注意二审抗诉和再审抗诉的区别：

(1) 抗诉的对象不同。二审抗诉的对象是地方各级人民法院尚未发生法律效力的一审判决、裁定；再审抗诉的对象是已经发生法律效力的判决和裁定。

(2) 抗诉的权限不同。除最高人民检察院外，任何一级人民检察院都有权对同级人民法院的一审判决、裁定提出二审抗诉。而除最高人民检察院有权对同级的最高人民法院发生法律效力判决、裁定提出再审抗诉外，其他各级人民检察院只能对其下级人民法院发生法律效力判决、裁定提出再审抗诉。可见，基层人民检察院只能提出二审抗诉，无权提出再审抗诉；而最高人民检察院只能提出再审抗诉，无权提出二审抗诉。

(3) 接受抗诉的审判机关不同。接受二审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的上一级人民法院；而接受再审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的同级人民法院。

(4) 抗诉的期限不同。二审抗诉必须在法定期限内提出，而法律对再审抗诉的提起没有规定期限。

(5) 抗诉的效力不同。二审抗诉将阻止第一审判决、裁定发生法律效力；而再审抗诉并不导致原判决、裁定在人民法院按照审判监督程序重新审判期间执行的停止。



1. (四川 2008-2-27) A 市中级法院以故意伤害罪判处被告人死刑缓期二年执行, 被告人没有上诉, 检察机关没有抗诉。该案经 B 省高级法院核准。判决生效后, 被害人某甲不服, 提起申诉。如果判决确有错误, 下列哪一司法机关有权提起审判监督程序?

- A. A 市检察院  
B. A 市中级法院  
C. B 省检察院  
D. B 省高级法院

答案: D。

解析: 本案中, 该死刑缓期执行的案件经 B 省高级人民法院核准后生效, 因此, 发生法律效力最后判决的机关是 B 省高级人民法院。根据《刑事诉讼法》第 205 条的规定可知, B 省高级人民法院可以提起审判监督程序, 同时, B 省检察院的上一级人民检察院即最高人民检察院也有权提起审判监督程序。据此, 本题的正确答案是 D。

2. (四川 2008-2-38) 关于我国刑事诉讼中按照第二审程序提起抗诉和按照审判监督程序提起抗诉, 下列哪一选项是正确的?

- A. 二者的抗诉对象均是确有错误的判决、裁定  
B. 二者均可以由各级检察院提起  
C. 二者均可以由地方各级检察院提起  
D. 二者均由抗诉的检察院向同级法院提起

答案: 无答案 (当年参考答案为 A)。

解析: 本题考查二审与审判监督程序中抗诉的区别。①第一、二审抗诉和再审抗诉的对象不同。二审抗诉主要针对的是地方各级人民法院尚未发生法律效力的一审判决、裁定; 再审抗诉的对象是已经发生法律效力的判决和裁定; ②二者抗诉的权限不同。基层人民检察院只能提出二审抗诉, 无权提出再审抗诉; 而最高人民检察院只能提出再审抗诉, 无权提出二审抗诉。③二者接受抗诉的审判机关不同。接受二审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的上一级人民法院; 而接受再审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的同级人民法院。④抗诉的效力不同。二审抗诉将阻止第一审判决、裁定发生法律效力, 而再审抗诉并不导致原判决、裁定在人民法院按照审判监督程序重新审判期间执行的停止。据此, 从严谨的角度来说, 本题没有正确答案。

3. (2006-2-76) 甲因犯贪污罪经一审程序被判处死刑缓期二年执行。判决生效后发现本案第一审的合议庭成员乙在审理该案时, 曾收受甲的贿赂。对于本案, 下列哪些机关有权提起审判监督程序?

- A. 审判该案的第一审中级人民法院  
B. 该省高级人民法院  
C. 甲该省人民检察院  
D. 最高人民检察院

答案: BD。

解析: 根据《刑事诉讼法》第 205 条第 2 款的规定, 该省高级人民法院有权提起审判监督程序, B 项正确; 根据其第 3 款的规定, 最高人民检察院有权按照审判监督程序提起抗诉, D 正确。关于 A 和 C 由于原案中已经明确是死缓判决, 该判决如果生效, 必须经过高级人民法院复核。本题看似是对中院判决进行审判监督, 其实是对高院进行审判监督。故只有省高院和最高人民检察院有权提起审判监督程序。故不选 AC。本题应选 BD。

## 重点法条

### 《高法解释》

第三百零八条 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件, 应当对原判决、裁定认定的事实、证据和适用法律进行全面审查。

### 【关联法条】

### 《刑事诉讼法》

第二百零六条 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件, 应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件, 应当依照第一审程序进行审判, 所作的判决、裁定, 可以上诉、抗诉; 如果原来是第二审案件, 或者是上级人民法院提审的案件, 应当依照第二审程序进行审判, 所作的判决、裁定, 是终审的判决、裁定。

### 《高法解释》

第三百零七条 人民法院决定按照审判监督程序重新审判的案件, 除人民检察院提起抗诉的外, 应当



制作再审决定书。再审期间不停止原判决、裁定的执行。

### 《最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定》

第五条 人民法院审理下列再审案件，应当依法开庭审理：

- (一) 依照第一审程序审理的；
- (二) 依照第二审程序需要对事实或者证据进行审理的；
- (三) 人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的；
- (四) 可能对原审被告人（原审上诉人）加重刑罚的；
- (五) 有其他应当开庭审理情形的。

第六条 下列再审案件可以不开庭审理：

- (一) 原判决、裁定认定事实清楚，证据确实、充分，但适用法律错误，量刑畸重的；
- (二) 1979年《中华人民共和国刑事诉讼法》施行以前裁判的；
- (三) 原审被告（原审上诉人）原审自诉人已经死亡、或者丧失刑事责任能力的；
- (四) 原审被告（原审上诉人）在交通十分不便的边远地区监狱服刑，提押到庭确有困难的；但人民检察院提出抗诉的，人民法院应征得其同意；
- (五) 人民法院按照审判监督程序决定再审，按本规定第九条第（四）项规定，经两次通知，人民检察院不派员出庭的。

第七条 人民法院审理共同犯罪再审案件，如果人民法院再审决定书或者人民检察院抗诉书只对部分同案原审被告（同案原审上诉人）提起再审，其他未涉及的同案原审被告（同案原审上诉人）不出庭不影响案件审理的，可以不出庭参加诉讼；

部分同案原审被告（同案原审上诉人）具有本规定第六条第（三）（四）项规定情形不能出庭的，不影响案件的开庭审理。

第八条 除人民检察院抗诉的以外，再审一般不得加重原审被告（原审上诉人）的刑罚。

根据本规定第六条第（二）（三）（四）（五）（六）项、第七条的规定，不具备开庭条件可以不开庭审理的，或者可以不出庭参加诉讼的，不得加重未出庭原审被告（原审上诉人）同案原审被告（同案原审上诉人）的刑罚。

## 法条精解

本部分规定的是再审的程序。

1. 再审和提审。人民法院依照审判监督程序对已经发生法律效力判决、裁定重新审判有再审和提审两种情形。

再审是指作出生效判决、裁定的人民法院根据再审决定或再审指令对案件重新审判的程序，提审是指最高人民法院对各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定发现确有错误，或者接受同级人民检察院的再审抗诉后，直接调取原审案卷和材料，并组成合议庭对案件进行审判的程序。应遵循下列规定：

(1) 应当另行组成合议庭进行再审。原来审判该案的合议庭成员，应当回避。

(2) 如果重新审判的案件，原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

2. 人民法院决定按照审判监督程序重新审判的案件，除人民检察院提起抗诉的外，应当制作再审决定书。再审期间不停止原判决、裁定的执行。

3. 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当对原判决、裁定认定的事实、证据和适用法律进行全面审查，不受申诉或者抗诉范围的限制。

4. 再审案件开庭审理的情形。

- (1) 依照第一审程序审理的。
- (2) 依照第二审程序需要对事实或者证据进行审理的。
- (3) 人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的。
- (4) 可能对原审被告（原审上诉人）加重刑罚的。
- (5) 有其他应当开庭审理情形的。





5. 除人民检察院抗诉的以外, 再审一般不得加重原审被告人(原审上诉人)的刑罚。不具备开庭条件可以不开庭审理的, 或者可以不出庭参加诉讼的, 不得加重未出庭原审被告被告人(原审上诉人)同案原审被告被告人(同案原审上诉人)的刑罚。

6. 中止审理和终止审理。原审被告被告人(原审上诉人)收到再审决定书或者抗诉书后下落不明或者收到抗诉书后未到庭的, 人民法院应当中止审理; 原审被告被告人(原审上诉人)到案后, 恢复审理; 如果超过2年仍查无下落的, 应当裁定终止审理。

### 真题示例

1. (2008-2-75) 下列再审案件, 哪些可以不开庭审理?

A. 李某抢劫案, 原判事实清楚, 证据确实、充分, 但适用法律错误, 量刑畸重

B. 葛某受贿案, 葛某已死亡

C. 张某、卞某为同案原审被告被告人, 张某在交通十分不便的边远地区监狱服刑, 提审到庭确有困难, 但未经抗诉的检察院同意

D. 陈某强奸案, 原生效裁判于1979年之前作出

答案: ABD。

解析: 根据《最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定》第6条的规定, 本题中ABD都属于可以不开庭审理的情形。至于C, 因为未经抗诉的检察院同意, 所以必须开庭审理。

2. (2005-2-77) 在刑事再审中, 下列哪些情形应当依法开庭审理?

A. 某盗窃案, 可能对原审被告被告人吴某加重刑罚

B. 某杀人案, 人民检察院依照审判监督程序提出了抗诉

C. 某强奸案, 原审被告被告人范某已经死亡

D. 某故意伤害案, 再审需要依照第一审程序审理

答案: ABD。

解析: 根据《最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定》第5条的规定, A属于第4款的情形, B属于第3款的情形, D属于第1款的情形, 因此, ABD是正确的。C的这种情况应当依法开庭审理没有法律依据。

### 重点法条

第二百零七条 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件, 应当在作出提审、再审决定之日起三个月以内审结, 需要延长期限的, 不得超过六个月。

接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件, 审理期限适用前款规定; 对需要指令下级人民法院再审的, 应当自接受抗诉之日起一个月以内作出决定, 下级人民法院审理案件的期限适用前款规定。

#### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定》

第九条 人民法院在开庭审理前, 应当进行下列工作:

(一) 确定合议庭的组成人员;

(二) 将再审决定书, 申诉书副本至迟在开庭三十日前, 重大、疑难案件至迟在开庭六十日前送达同级人民检察院, 并通知其查阅案卷和准备出庭;

(三) 将再审决定书或抗诉书副本至迟在开庭三十日以前送达原审被告被告人(原审上诉人), 告知其可以委托辩护人, 或者依法为其指定承担法律援助义务的律师担任辩护人;

(四) 至迟在开庭十五日前, 重大、疑难案件至迟在开庭六十日前, 通知辩护人查阅案卷和准备出庭;

(五) 将开庭的时间、地点在开庭七日以前通知人民检察院;

(六) 传唤当事人, 通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员, 传票和通知书至迟在开庭七日以前送达;

(七) 公开审判的案件, 在开庭七日以前先期公布案由、原审被告被告人(原审上诉人)姓名、开庭时间和地点。

第十三条 人民法院应当在开庭三十日前通知人民检察院、当事人或者辩护人查阅、复制双方提交的



新证据目录及新证据复印件、照片。

人民法院应当在开庭十五日前通知控辩双方查阅、复制人民法院调取的新证据目录及新证据复印件、照片等证据。

第二十五条 人民法院审理再审案件，应当在作出再审决定之日起三个月内审结。需要延长期限的，经本院院长批准，可以延长三个月。

自接到阅卷通知后的第二日起，人民检察院查阅案卷超过七日后的期限，不计入再审审理期限。

### 法条精解

本部分是关于依照审判监督程序审理案件的期限等时间规定。

人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当在作出提审、再审决定之日起3个月以内审结，需要延长期限的，不得超过6个月。值得注意的是，该审限的计算方式从“作出提审、再审决定之日”起算，不要混淆为受理之日起。

接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用上述规定；对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起1个月以内作出决定，下级人民法院审理案件的期限适用上述规定，并自收到指令再审决定之日起计算。自接到阅卷通知后的第2日起，人民检察院查阅案卷超过7日后的期限，不计入再审审理期限。

### 真题示例

(2004-2-37) 某市人民法院审理市人民检察院依照审判监督程序提出抗诉的案件时，原审被告王某收到抗诉书后下落不明。该法院应当作出什么处理？

- A. 驳回抗诉
- B. 中止审理
- C. 终止审理
- D. 裁定维持原判

答案：B。

解析：中止审理的情形主要包括四种情况：①在审判过程中，自诉人、被告人患精神病或者其他严重疾病，应当中止审理；②案件起诉到人民法院以后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，人民法院应当裁定中止审理；③适用简易程序审理的案件，在审理中发现有不宜审理情形的，应当中止审理，按照公诉案件或者自诉案件的第一审普通程序重新审理：其一，公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；其二，公诉案件被告人应当判处3年以上有期徒刑的；其三，被告人当庭翻供，对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；其四，事实不清或者证据不充分的；其五，其他。转为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起计算。④由于其他不可抗拒的原因，致使案件无法继续审理的，可以裁定中止审理。本题就属于其中的第二种情况。

### 重点法条

#### 《高法解释》

第三百一十二条 再审案件经过重新审理后，应当按照下列情形分别处理：

- (一) 原判决、裁定认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉；
- (二) 原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。

按照第二审程序审理的案件，认为必须判处被告人死刑立即执行的，直接改判后，应当报请最高人民法院核准；

(三) 应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚；

(四) 按照第二审程序审理的案件，原判决、裁定认定事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。原判决、裁定认定事实不清，证据不足，经再审仍无法查清，证据不足，不能认定原审被告人有罪的，应当参照本解释第一百七十六条第(四)项规定，判决宣告被告人无罪。

### 法条精解

本部分规定的是审判监督程序中重新审理后的处理。人民法院依照审判监督程序对案件重新审理后，





应当按照下列情形分别处理：

1. 原判决、裁定认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉。
2. 原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。按照第二审程序审理的案件，认为必须判处被告人死刑立即执行的，直接改判后，应当报请最高人民法院核准。
3. 应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚。
4. 按照第二审程序审理的案件，原判决、裁定认定事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。原判决、裁定认定事实不清，证据不足，经再审仍无法查清，证据不足，不能认定原审被告人有罪的，应当参照《高法解释》第176条第4项的规定，判决宣告被告人无罪。

## 重点法条

第二百零九条 第一审人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的，如果被告人在押，在宣判后应当立即释放。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第二百零八条 判决和裁定在发生法律效力后执行。

下列判决和裁定是发生法律效力的判决和裁定：

- (一) 已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定；
- (二) 终审的判决和裁定；
- (三) 最高人民法院核准的死刑的判决和高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决。

#### 《高检规则》

第四百一十三条 人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的，人民检察院应当监督在押被告人是否被立即释放。

## 法条精解

本部分规定的是执行的依据与无罪、免除刑事处罚的判决的执行。刑事诉讼中的执行，是指将人民法院已经发生法律效力的判决、裁定所确定的内容付诸实现以及处理执行过程中的变更执行等问题而依法进行的活动。

### 1. 执行的依据

发生法律效力判决和裁定是执行的依据，下列判决和裁定是发生法律效力判决和裁定：

- (1) 已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定。
- (2) 终审的判决和裁定。
- (3) 最高人民法院核准的死刑判决。
- (4) 高级人民法院核准的死刑缓期2年执行的判决。
- (5) 最高人民法院核准的法定刑以下处刑的判决以及因特殊情况不受执行刑期限制的假释的裁定。

### 2. 无罪、免除刑事处罚的判决的执行

- (1) 无罪和免除刑事处罚判决的执行机关是人民法院。
- (2) 第一审人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的，如果被告人在押，在宣判后应当立即释放。

需要注意的是《刑事诉讼法》第208条规定的“判决、裁定在发生法律效力后执行”与第209条规定之间实质上并不存在矛盾。虽然第一审法院作出的关于被告人无罪或者免除刑事处罚的判决在宣告之后尚未发生法律效力，但由于判决被告无罪或者免除刑事处罚而不存在收监执行的问题，对于在押的被告人无须等到上诉、抗诉期限届满后才予以释放。当然，立即释放被告人并不影响有关人员和检察机关上诉、抗诉的提起。

## 重点法条

第二百一十条 最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决，应当由最高人民法院院长签发执行死刑的命令。

被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期执行期满，应当予以减刑，由执行机关提出书面意见，报请高级人民法院裁定；如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第二百一十二条 人民法院在交付执行死刑前，应当通知同级人民检察院派员临场监督。

死刑采用枪决或者注射等方法执行。

死刑可以在刑场或者指定的羁押场所内执行。

指挥执行的审判人员，对罪犯应当验明正身，讯问有无遗言、信札，然后交付执行人员执行死刑。在执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行，报请最高人民法院裁定。

执行死刑应当公布，不应示众。

执行死刑后，在场书记员应当写成笔录。交付执行的人民法院应当将执行死刑情况报告最高人民法院。

执行死刑后，交付执行的人民法院应当通知罪犯家属。

#### 《刑法》

第五十条 判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，2年期满以后，减为15年以上20年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

#### 《高法解释》

第三百三十九条 被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪的，应当由人民检察院提起公诉，罪犯服刑地的中级人民法院依法审判，所作的判决可以上诉、抗诉。

认定构成故意犯罪的判决、裁定发生法律效力后，由作出生效判决、裁定的人民法院，依照本解释第二百七十五条第（四）项或者第二百七十七条的规定报请上级人民法院或者由本院核准犯罪分子死刑立即执行。上级人民法院或者本院核准后，交罪犯服刑地的中级人民法院执行死刑。

第三百六十一条 被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期二年执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期二年执行期满后，即应当裁定减刑。如果死刑缓期二年执行期满后尚未裁定减刑前又犯新罪的，应当依法减刑后对其所犯新罪另行审判。

### 法条精解

本部分规定的是死刑的执行。

1. 死刑命令的签发。执行死刑判决，必须有执行死刑命令才能进行。最高人民法院判处和核准死刑立即执行的判决、裁定，应当由最高人民法院院长签发执行死刑命令。目前死刑案件的核准权已经全部收归最高人民法院，所以就不存在高级人民法院核准死刑立即执行的问题了。

2. 死缓案件的处理。死刑缓期二年执行的案件，根据罪犯的表现可能有三种不同的处理结果，也对应有不同的程序：

（1）应当执行死刑。其仅适用于当罪犯在2年缓期期间又故意犯罪并查证属实的，应当由人民检察院提起公诉，由罪犯服刑地的中级人民法院依法审判，所作的判决可以上诉、抗诉。如果查证属实应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

（2）应当减为无期徒刑，这种情况适用于罪犯虽然没有故意犯罪但也没有重大立功等表现。

（3）应当减为15年以上20年以下的有期徒刑，这种适用于罪犯不仅没有故意犯罪而且还有重大立功表现的。

上述第（2）种和第（3）种情况都应当由执行机关提出书面意见，报请所在地高级人民法院裁定减刑。

需要注意的是，导致执行死刑的故意犯罪必须是在2年的缓期执行期间发生的，如果2年期限该死缓犯没有故意犯罪但2年刚刚届满而尚未裁定减刑之前犯故意犯罪的，则不属于应当执行死刑的“故意犯罪”（除非该故意犯罪依法又应当判处死刑），对此应当根据《高法解释》第361条之规定，先对其依法减为无期徒刑或者有期徒刑，然后对其所犯的新罪另行审判。

3. 死刑的执行程序：

（1）执行死刑的方式主要包括两种：①枪决。②注射。采用枪决、注射以外的其他方法执行死刑的，应当事先报请最高人民法院批准。





(2) 执行死刑的场所可以在刑场或者指定的羁押场所。刑场不得设在繁华地区、交通要道和旅游景点附近。

(3) 执行死刑前，罪犯提出会见其亲属或者其近亲属提出会见罪犯申请的，人民法院可以准许。

(4) 人民法院将罪犯交付执行死刑，应当在交付执行3日前通知同级人民检察院派员临场监督。

(5) 执行死刑前，指挥执行的审判人员对罪犯应当验明正身，即认真核对被执行人的姓名、年龄、籍贯、基本犯罪事实及其他情况，确保被执行人就是判决、裁定所确定的死刑罪犯，以防止错杀；还要询问罪犯有无遗言、信札，并制作笔录，然后交付执行人员执行死刑。

(6) 执行死刑应当公布，但不应当示众。禁止游街示众或者其他有辱被执行人人格的行为。

(7) 执行死刑完毕，应当由法医验明罪犯确实死亡后，在场书记员制作笔录。交付执行的人民法院应当将执行死刑情况（包括执行死刑前后照片）及时逐级上报最高人民法院。

(8) 执行死刑至少应包括以下人员：指挥执行的审判人员、临场监督的检察人员、直接执行的法警、书记员、法医等。

### 真题示例

(2005-2-36) 伍某因犯抢劫罪被某中级人民法院一审判处死刑，缓期二年执行，并经高级人民法院核准。在死刑缓期二年执行期间伍某未犯新罪。二年期满后的第二天，高级人民法院尚未裁定减刑，伍某将同监另一犯人打成重伤。该高级人民法院对伍某应当作出什么处理？

- A. 裁定核准死刑立即执行
- B. 将死刑缓期二年执行改判为死刑立即执行，报最高人民法院核准
- C. 先依法裁定减刑，然后对所犯新罪另行审判
- D. 维持原死刑缓期二年执行的裁判，以观后效

答案：C。

解析：《高法解释》第361条对本案所指出的情况进行了专门的规定，本题答案是C。

### 重点法条

第二百一十一条 下级人民法院接到最高人民法院执行死刑的命令后，应当在七日以内交付执行。但是发现有下列情形之一的，应当停止执行，并且立即报告最高人民法院，由最高人民法院作出裁定：

- (一) 在执行前发现判决可能有错误的；
- (二) 在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；
- (三) 罪犯正在怀孕。

前款第一项、第二项停止执行的原因消失后，必须报请最高人民法院院长再签发执行死刑的命令才能执行；由于前款第三项原因停止执行的，应当报请最高人民法院依法改判。

#### 【关联法条】

#### 《高检规则》

第四百一十六条 临场监督执行死刑的检察人员应当依法监督执行死刑的场所、方法和执行死刑的活动是否合法。在执行死刑前，发现有下列情形之一的，应当建议人民法院停止执行：

- (一) 被执行人并非应当执行死刑的罪犯的；
- (二) 罪犯犯罪时不满十八岁的；
- (三) 判决可能有错误的；
- (四) 在执行前罪犯检举揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；
- (五) 罪犯正在怀孕的。

### 法条精解

本部分规定的是死刑的停止执行。

1. 下级人民法院在接到执行死刑命令后，发现有下列情形之一的，应当停止执行，并立即报告核准死刑的人民法院，由核准死刑的人民法院作出裁定：

- (1) 在执行前发现裁判可能有错误的。
- (2) 在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的。



(3) 罪犯正在怀孕的。

要注意的是,上述第(1)项和第(2)项规定停止执行的原因消失后,必须报请核准死刑的人民法院院长再签发执行死刑命令才能执行。而因第(3)项规定的原因停止执行的,应当报请核准死刑的人民法院依法改判。需要改判的案件,应当由有死刑核准权的人民法院适用审判监督程序依法改判或者指令下级人民法院再审。

2. 执行死刑的下级人民法院具体是指“原审人民法院”。

3. 《高检规则》第416条将死刑停止执行的法定情形扩展到五种:

(1) 在执行前发现判决可能有错误的。

(2) 在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现,可能需要改判的。

(3) 罪犯正在怀孕的。

(4) 被执行人并非应当执行死刑的罪犯的。

(5) 罪犯犯罪时不满18周岁的。

### 真题示例

1. (2009-2-36) 关于停止执行死刑的程序,下列哪一选项是正确的?

A. 下级法院接到最高法院执行死刑的命令后,执行前发现具有法定停止执行情形的,应当暂停执行并将请求停止执行报告及相关材料报最高法院

B. 最高法院审查下级法院报送的停止执行死刑报告后,应当作出下级法院停止或继续执行死刑的裁定

C. 下级法院停止执行后,可以自行调查核实,也可以与有关部门一同对相关情况进行调查核实

D. 下级法院停止执行并会同有关部门调查或自行调查后,应当迅速将调查结果直接报最高法院

答案:B。

解析:本题属于停止执行死刑的程序。根据《最高人民法院关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定》第2条的规定,A项说法错误;根据该规定第3条的规定,B项说法正确;又据该规定第4条的规定,CD项说法错误,下级人民法院不能自行调查核实,调查结果也不能直接报最高人民法院。

2. (2008-2-68)《刑事诉讼法》规定,下级法院接到最高法院执行死刑的命令后,发现有关情形时,应当停止执行,并且立即报告最高法院,由最高法院作出裁定。下列哪些情形应当适用该规定?

A. 发现关键定罪证据可能是刑讯逼供所得

B. 判决书认定的年龄错误,实际年龄未满18周岁

C. 提供一重大银行抢劫案线索,经查证属实

D. 罪犯正在怀孕

答案:ABCD。

解析:根据《刑事诉讼法》第211条、《高法解释》第61条和《刑法》第49条的规定,本题正确答案是ABCD。

### 重点法条

第二百一十三条 罪犯被交付执行刑罚的时候,应当由交付执行的人民法院将有关的法律文书送达监狱或者其他执行机关。

对于被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯,由公安机关依法将该罪犯送交监狱执行刑罚。对于判处有期徒刑的罪犯,在被交付执行刑罚前,剩余刑期在一年以下的,由看守所代为执行。对于被判处拘役的罪犯,由公安机关执行。

对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。

执行机关应当将罪犯及时收押,并且通知罪犯家属。

判处有期徒刑、拘役的罪犯,执行期满,应当由执行机关发给释放证明书。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第二百一十七条 对于被判处徒刑缓刑的罪犯,由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察。

对于被假释的罪犯,在假释考验期限内,由公安机关予以监督。

第二百一十八条 对于被判处管制、剥夺政治权利的罪犯,由公安机关执行。执行期满,应当由执行机关通知本人,并向有关群众公开宣布解除管制或者恢复政治权利。

第二百一十九条 被处罚金的罪犯,期满不缴纳的,人民法院应当强制缴纳;如果由于遭遇不能抗



拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以裁定减少或者免除。

第二百二十条 没收财产的判决，无论附加适用或者独立适用，都由人民法院执行；在必要的时候，可以会同公安机关执行。

《最高人民法院关于如何理解刑事诉讼法第二百一十三条中“交付执行的人民法院”问题的批复》

……刑事诉讼法第二百一十三条第一款规定的“交付执行的人民法院”，是指第一审人民法院。

## 法条精解

上述法条规定的是执行的主体以及死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行。

### 1. 执行机关：

(1) 人民法院。执行的范围包括死刑立即执行、罚金和没收财产的判决以及无罪或者免除刑事处罚的判决。

(2) 监狱。负责死刑缓期二年执行、无期徒刑和有期徒刑的执行。对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。

(3) 公安机关。负责管制、拘役、剥夺政治权利、暂予监外执行、假释、有期徒刑缓刑、拘役缓刑以及剩余刑期在1年以下的有期徒刑的执行。

### 2. 死刑缓期2年执行、无期徒刑与有期徒刑的执行：

(1) 罪犯被交付执行刑罚的时候，应当由交付执行的人民法院（即第一审人民法院）将有关的法律文书送达监狱。

(2) 交付执行的人民法院应当将有关的法律文书及时送达看守所，由公安机关依法将罪犯送交监狱执行刑罚。

(3) 收监执行决定书应当分别送达交付执行的公安机关和监狱。罪犯需要羁押执行刑罚，而判决确定前罪犯没有被羁押的，人民法院应当根据生效的判决书或者裁定书将罪犯羁押，并送交公安机关。

### 3. 拘役、拘役缓刑和有期徒刑缓刑的执行：

(1) 被判处拘役的罪犯由公安机关执行。

(2) 对于被判处缓刑的犯罪分子，由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察。

### 4. 罚金、没收财产的执行：

(1) 罚金在判决规定的期限内一次或者分期缴纳。期满无故不缴纳的，人民法院应当强制缴纳。经强制缴纳仍不能全部缴纳的，人民法院在任何时候，包括在判处的主刑执行完毕后，发现被执行人有可以执行的财产的，应当追缴。

(2) 如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳罚金确实有困难的，犯罪分子可以向人民法院申请减少或者免除。人民法院查证属实后，可以裁定对原判决确定的罚金数额予以减少或者免除。

(3) 行政机关对被告人就同一事实已经处以罚款的，人民法院判处罚金时应当予以折抵。

(4) 没收财产的判决，无论附加适用或者独立适用，都由人民法院执行；在必要的时候，可以会同公安机关执行。

### 5. 对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。

## 重点法条

第二百一十四条 对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的，可以暂予监外执行：

(一) 有严重疾病需要保外就医的；

(二) 怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。

对于适用保外就医可能有社会危险性的罪犯，或者自伤自残的罪犯，不得保外就医。

对于罪犯确有严重疾病，必须保外就医的，由省级人民政府指定的医院开具证明文件，依照法律规定的程序审批。

发现被保外就医的罪犯不符合保外就医条件的，或者严重违反有关保外就医的规定的，应当及时收监。

对于被判处有期徒刑、拘役，生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的罪犯，可以暂予监外执行。

对于暂予监外执行的罪犯，由居住地公安机关执行，执行机关应当对其严格管理监督，基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监督。



## 【关联法条】

### 《刑事诉讼法》

第二百一十五条 批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定抄送人民检察院。人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起一个月以内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关，批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查。

第二百一十六条 暂予监外执行的情形消失后，罪犯刑期未届满的，应当及时收监。

罪犯在暂予监外执行期间死亡的，应当及时通知监狱。

## 法条精解

上述法条规定的是执行中的一种特殊情况：暂予监外执行。

暂予监外执行，是指对被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，具有法律规定的特殊情况，不适宜在监狱或者拘役所等场所执行刑罚，暂时采取不予关押的一种变通执行方法。

### 1. 适用对象

适用暂予监外执行的对象，只能是被判处有期徒刑或者拘役的罪犯。

《监狱法》第17条规定了在收监时，监狱如果发现被判处无期徒刑犯或有期徒刑犯具有刑事诉讼法第214条即本条规定的两种法定情形的，可以不予收监执行。但由于《刑事诉讼法》是《监狱法》的上位法，前者的效力优于后者，故仍然采用《刑事诉讼法》的规定——暂予监外执行适用于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯。

### 2. 暂予监外执行的条件

(1) 罪犯有严重疾病需要保外就医的。对于适用保外就医可能有社会危险性的罪犯、或者自伤自残的罪犯，不得适用保外就医。

对于罪犯确有严重疾病，必须保外就医的，由省级人民政府指定的医院开具证明文件，依照法律规定的程序审批。发现被保外就医的罪犯不符合保外就医规定的，应当及时收监执行。

(2) 怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。哺乳期限按婴儿出生后1年计算。

(3) 罪犯生活不能自理、适用监外执行不致危害社会。

### 3. 决定机关

(1) 人民法院。法院决定暂予监外执行的只限于在宣告判决时或交付执行时就发现罪犯有符合本法规定的可以暂予监外执行的情形。

(2) 监狱。有期徒刑犯在刑罚执行期间发现罪犯有符合本条规定的，由监狱决定暂予监外执行。

(3) 公安机关。拘役犯在刑罚执行期间发现罪犯有符合本条规定的，由公安机关决定暂予监外执行。

### 4. 暂予监外执行的程序

(1) 暂予监外执行的决定。对具备暂予监外执行条件的罪犯，人民法院判决时，可以直接决定。人民法院决定暂予监外执行的，应当制作《暂予监外执行决定书》，载明罪犯基本情况，判决确定的罪名和刑罚、决定暂予监外执行的原因、依据等内容，并抄送人民检察院和罪犯居住地的公安机关。

在判决、裁定执行过程中，对具备暂予监外执行条件的罪犯，由监狱提出书面意见，报省、自治区、直辖市监狱管理机关批准。在看守所、拘役所服刑的罪犯需要暂予监外执行的，应由看守所或拘役所提出书面意见，报主管的县级以上公安机关审查决定。批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定书抄送人民检察院。

(2) 对暂予监外执行的监督。批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定抄送人民检察院。人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起1个月以内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关，批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查。

(3) 对暂予监外执行罪犯的执行。对于暂予监外执行的罪犯，由居住地公安机关执行，基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监督，执行机关应当对暂予监外执行的罪犯严格管理监督。对于服刑中决定暂予监外执行的罪犯，原执行机关应当将罪犯服刑改造的情况通报负责暂予监外执行的公安机关，以便针对性地对罪犯进行管理监督。

(4) 暂予监外执行情形消失后的处理。

① 暂予监外执行的情形消失后，罪犯刑期未届满的，应当及时收监。

② 暂予监外执行过程中罪犯刑期届满的，应当由原关押监狱等执行机关办理释放手续。



③ 罪犯在暂予监外执行期间死亡的，负责执行的公安机关应当及时通知原关押监狱或者其他执行机关。

## 真题示例

1. (2007-2-27) 张某因盗窃被判处有期徒刑 5 年，在交付执行前，突患严重疾病，需保外就医。有权决定张某暂予监外执行的是哪一个机关？

- A. 省监狱管理机关
- B. 负责交付执行的公安机关
- C. 负责监所监督的检察院
- D. 作出生效判决的法院

答案：D。

解析：根据《高法解释》第 353 条和《刑事诉讼法》第 214 条的规定可知，本题中，张某因为患病需要保外就医，决定暂予监外执行的机关是人民法院，本题正确答案是 D。

2. (2005-2-78) 在刑事执行程序中，下列哪些情形可以暂予监外执行？

- A. 被判处无期徒刑的张某，怀有身孕
- B. 被判处有期徒刑 10 年的罪犯王某，在狱中自杀未遂，生活不能自理
- C. 被判处拘役的罪犯李某，患有严重疾病需要保外就医
- D. 被判处 5 年有期徒刑的赵某，怀有身孕

答案：CD。

解析：根据《刑事诉讼法》第 214 条的规定，A 中被判处无期徒刑的张某，即使怀有身孕也不可以暂予监外执行。D 的情况是可以的。B 中的被判处有期徒刑 10 年的罪犯王某，在狱中自杀未遂，生活不能自理，显然也不可以监外执行。C 中的被判处拘役的罪犯李某，患有严重疾病需要保外就医，是符合条件的，应当允许。

## 重点法条

第二百二十一条 罪犯在服刑期间又犯罪的，或者发现了判决的时候所没有发现的罪行，由执行机关移送人民检察院处理。

被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的罪犯，在执行期间确有悔改或者立功表现，应当依法予以减刑、假释的时候，由执行机关提出建议书，报请人民法院审核裁定。

### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第二百二十二条 人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当在收到裁定书副本后二十日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后一个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。

#### 《刑法》

第七十九条 对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。

第八十二条 对于犯罪分子的假释，依照本法第七十九条规定的程序进行。非经法定程序不得假释。

#### 《高法解释》

第十四条 发现正在服刑的罪犯在判决宣告前还有其他犯罪没有受到审判的，由原审人民法院管辖；如果罪犯服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖更为适宜的，可以由服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖。

正在服刑的罪犯在服刑期间又犯罪的，由服刑地的人民法院管辖。

正在服刑的罪犯在脱逃期间的犯罪，如果是在犯罪地捕获并发现的，由犯罪地的人民法院管辖；如果是被缉捕押解回监狱后发现的，由罪犯服刑地的人民法院管辖。

第三百六十二条 减刑、假释案件按照下列情形分别处理：

(一) 对于被判处死刑缓期二年执行的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑建议书裁定；

(二) 对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑、假释，由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑、假释建议书裁定。高级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长一个月；





(三) 对于被判处有期徒刑(包括减为有期徒刑)的罪犯的减刑、假释,由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。中级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定;案情复杂或者情况特殊的,可以延长一个月;

(四) 对于被判处拘役的罪犯的减刑,由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定;

(五) 对于被判处管制的罪犯的减刑,由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定;

(六) 被宣告缓刑的罪犯,在缓刑考验期限内确有重大立功表现,需要予以减刑,并相应缩短缓刑考验期限的,应当由负责考察的公安派出所会同罪犯的所在单位或者基层组织提出书面意见,由罪犯所在地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑、假释建议书裁定;

(七) 对于公安机关看守所监管的罪犯的减刑、假释,由罪犯所在的看守所提出意见,由当地中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。

前款第(四)至(七)项规定的减刑、假释,人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定。

第三百六十四条 人民法院审理减刑、假释案件,应当依法组成合议庭。

第三百六十五条 减刑、假释的裁定,应当及时送达执行机关、同级人民检察院、负责监督假释罪犯的公安机关以及罪犯本人。人民检察院认为人民法院的减刑、假释裁定不当,应当在收到裁定书副本后二十日内,向人民法院提出书面纠正意见。人民法院收到书面纠正意见后,应当重新组成合议庭进行审理,并在一个月内作出最终裁定。

## 法条精解

上述法条是对执行过程中发现新罪、漏罪时的追诉以及减刑与假释的有关程序。

### 1. 对新罪、漏罪的追诉

罪犯在服刑期间又犯罪的,或者发现了判决的时候所没有发现的罪行,由执行机关移送人民检察院处理。

### 2. 减刑、假释

(1) 减刑的适用对象:管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑。

(2) 假释的适用对象:有期徒刑、无期徒刑。

(3) 减刑、假释的程序:

① 对于被判处死刑缓期二年执行的罪犯的减刑,由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑建议书裁定。

② 对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑、假释,由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑、假释建议书裁定。高级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起1个月内依法裁定;案情复杂或者情况特殊的,可以延长1个月。

③ 对于被判处有期徒刑(包括减为有期徒刑)的罪犯的减刑、假释,由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。中级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起1个月内依法裁定;案情复杂或者情况特殊的,可以延长1个月。

④ 对于被判处管制、拘役的罪犯的减刑,由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定。

⑤ 被宣告缓刑的罪犯,在缓刑考验期限内确有重大立功表现,需要予以减刑,并相应缩短缓刑考验期限的,应当由负责考察的公安派出所会同罪犯的所在单位或者基层组织提出书面意见,由罪犯所在地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。

⑥ 对于公安机关看守所监管的罪犯的减刑、假释,由罪犯所在的看守所提出意见,由当地中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。

需要注意的是,④⑤⑥三项规定的减刑、假释,人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起1个月内依法裁定。

### 3. 人民检察院对减刑、假释的监督

(1) 人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当,应当在收到裁定书副本后20日以内,向人民法院提出书面纠正意见。





(2) 对人民法院减刑、假释裁定的纠正意见,由作出减刑、假释裁定的人民法院的同级人民检察院书面提出。下级人民检察院发现人民法院减刑、假释裁定不当的,应当立即向作出减刑、假释裁定的人民法院的同级人民检察院报告。

(3) 人民法院应当在收到纠正意见后一个月以内重新组成合议庭进行审理,作出最终裁定。

### 真题示例

1. (四川 2008-2-26) 下列哪一生效裁判由公安机关负责执行?

- A. 没收财产的判决
- B. 有期徒刑宣告缓刑的判决
- C. 死刑立即执行的裁判
- D. 免于刑事处罚的判决

答案: B。

解析: 本题考查公安机关负责执行的裁判。人民法院负责死刑立即执行、罚金和没收财产的判决以及无罪或者免除刑罚的判决的执行; 监狱负责执行死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯。公安机关负责送交执行时余刑不足 1 年的有期徒刑、有期徒刑缓刑、拘役缓刑、管制、拘役、剥夺政治权利、暂予监外执行、假释等的执行。本题正确答案是 B。

2. (2005-2-37) 执行机关是指将人民法院已发生法律效力判决、裁定付诸实施的机关。下列有关执行机关执行范围的表述, 哪一项是正确的?

- A. 人民法院负责无罪、免除处罚、罚金、没收财产及死刑立即执行判决的执行
- B. 公安机关负责送交执行时余刑不足二年的有期徒刑和拘役、管制、缓刑、剥夺政治权利、监外执行等的执行
- C. 监狱负责被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑和送交执行时余刑二年以上的有期徒刑的执行
- D. 未成年犯监狱负责未成年犯被判处刑罚和劳动教养处罚的执行

答案: A。

解析: 人民法院负责无罪、免除处罚、罚金、没收财产及死刑立即执行判决的执行。依据是《刑事诉讼法》第 209 条、第 210 条、第 219 条和第 220 条可知, A 是正确的。公安机关的执行范围有: ①管制与剥夺政治权利(《刑事诉讼法》第 218 条); ②拘役(《刑事诉讼法》第 213 条); ③有期徒刑的缓刑(《刑事诉讼法》第 217 条、第 213 条)。因此, 本题目中的 B 是错误的。④假释(《刑事诉讼法》第 217 条); ⑤暂予监外执行(《刑事诉讼法》第 214 条)。监狱的执行范围主要是被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯(《刑事诉讼法》第 213 条), C 项“监狱负责送交执行时余刑二年以上的有期徒刑的执行”是错误的, 应为 1 年。又根据《刑事诉讼法》第 213 条规定和《监狱法》第 74 条的规定, D 项“未成年犯监狱负责未成年犯被判处刑罚和劳动教养处罚的执行”是错误的。

3. (2008-2-95~97) 在一起共同犯罪案件中, 主犯王某被判处有期徒刑 15 年, 剥夺政治权利 3 年, 并处没收个人财产; 主犯朱某被判处有期徒刑 10 年, 剥夺政治权利 2 年, 罚金 2 万元人民币; 从犯李某被判处有期徒刑 8 个月; 从犯周某被判处管制 1 年, 剥夺政治权利 1 年。请回答 95~97 题。

95. 在本案中, 由监狱执行刑罚的罪犯是:

- A. 王某
- B. 朱某
- C. 李某
- D. 周某

答案: AB。

解析: 监狱负责死刑缓期两年执行、无期徒刑、有期徒刑的执行, 本题中王某的有期徒刑 15 年、朱某的有期徒刑 10 年都需要由监狱执行, 李某的有期徒刑不足 1 年, 由公安机关执行; 周某的管制刑由公安机关执行, 由此本题正确答案是 AB。

96. 对周某刑罚的执行机关是:

- A. 人民法院
- B. 公安机关
- C. 监狱
- D. 基层组织或其所在单位

答案: B。

解析: 由于周某的管制刑是由公安机关执行, 且剥夺政治权利与管制同时执行, 执行机关也是公安机关。所以最终对周某刑罚的执行机关就是公安机关。本题正确答案是 B。

97. 所判刑罚既需要法院执行, 又需要公安机关执行的罪犯是:

- A. 王某
- B. 周某

C. 李某

D. 朱某

答案：AD。

**解析：**人民法院负责死刑立即执行、罚金和没收财产的判决以及无罪或者免除刑罚的判决的执行；公安机关负责送交执行时余刑不到1年的有期徒刑、有期徒刑的缓刑、拘役缓刑、管制、拘役、剥夺政治权利、暂予监外执行、假释等的执行。由此，王某的没收财产刑由法院执行，剥夺政治权利刑由公安机关执行；朱某的罚金刑由人民法院执行，剥夺政治权利刑由公安机关执行。本题正确答案是AD。

### 重点法条

#### 《未成年人保护法》

第五十四条第一款 对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。

#### 【关联法条】

#### 《预防未成年人犯罪法》

第四十四条第一款 对犯罪的未成年人追究刑事责任，实行教育、感化、挽救方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。

#### 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》

第二条 人民检察院办理未成年人刑事案件，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。

### 法条精解

本部分规定的是教育为主、惩罚为辅的原则。教育为主、惩罚为辅的原则在整个未成年人案件诉讼中起着重要的指导作用，是处理未成年人刑事案件的主导思想，未成年人刑事案件的其他诉讼原则，包括分案处理原则、不公开审理原则、及时原则和和缓原则，基本上都围绕此原则展开。这一原则要求，在未成年人刑事诉讼的各个阶段，公安司法机关都必须坚持教育为主、惩罚为辅，对未成年人不失时机地进行教育、挽救。公安司法人员应当照顾未成年人的身心特点，尊重其人格尊严，保障其合法权益，教育他们认清自己所犯的 error 和罪行及其严重性、危害性，唤醒他们的悔罪意识和忏悔心理，教育他们认罪伏法，接受改造，重新做人。

### 重点法条

#### 《未成年人保护法》

第五十七条第一款 对羁押、服刑的未成年人，应当与成年人分别关押。

#### 【关联法条】

#### 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》

第二十三条 人民检察院审查未成年人与成年人共同犯罪案件，一般应当将未成年人与成年人分案起诉。但是具有下列情形之一的，可以不分案起诉：

- （一）未成年人系犯罪集团的组织者或者其他共同犯罪中的主犯的；
- （二）案件重大、疑难、复杂，分案起诉可能妨碍案件审理的；
- （三）涉及刑事附带民事诉讼，分案起诉妨碍附带民事诉讼部分审理的；
- （四）具有其他不宜分案起诉情形的。

### 法条精解

本部分规定的是分案处理原则。分案处理原则是进行未成年人刑事诉讼所必须遵循的又一重要原则。分案处理，即在处理未成年人刑事案件时，应当在时间上和地点上都与成年人犯罪的案件分开进行。分案处理的目的，一方面在于避免未成年人受到成年人的不良影响，另一方面在于避免未成年人受到成年人的伤害。

### 重点法条

第一百五十二条第二款 十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。



## 【关联法条】

### 《高法解释》

第一百二十二条 依法不公开审理的案件，任何公民包括与审理该案无关的法院工作人员和被告人的近亲属都不得旁听。审理未成年被告人的案件，适用相关规定。

## 法条精解

本部分规定的是不公开审理原则。不公开审理是未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则之一。刑事诉讼法及相关司法解释规定，14 岁以上不满 16 岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。16 岁以上不满 18 岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

未成年人案件不公开审理，有利于保护未成年被告人的名誉、自尊心和人格尊严，防止公开诉讼给他们造成不必要的心灵创伤和过大的精神压力，有助于他们接受教育和被挽救，重新做人。

## 真题示例

(2006-2-37) 甲在犯罪时不满 18 周岁，开庭审理时已满 18 周岁。法庭应如何确定审理的形式？

- A. 应当公开审理
- B. 应当不公开审理
- C. 可以不公开审理
- D. 可以公开审理

答案：A（当年答案为 B）。

解析：根据《刑事诉讼法》第 152 条第 2 款和《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第 11 条的规定，审理时超过 18 岁应当公开审理，所以 A 项更合适。

## 重点法条

### 《未成年人保护法》

第二条 本法所称未成年人是指未满十八周岁的公民。

## 【关联法条】

### 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》

第八条 审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当把是否已满十四、十六、十八周岁的临界年龄，作为重要事实予以查清。对难以判断犯罪嫌疑人实际年龄，影响案件认定的，应当作出不批准逮捕的决定，需要补充侦查的，同时通知公安机关。

### 《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 本解释所称未成年人刑事案件，是指被告人实施被指控的犯罪时已满十四周岁不满十八周岁的案件。

第二条 刑法第十七条规定的“周岁”，按照公历的年、月、日计算，从周岁生日的第二天起算。

第四条 对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。

相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄，但是无法准确查明被告人具体出生日期的，应当认定其达到相应法定刑事责任年龄。

## 法条精解

本部分规定了未成年人刑事案件的定义。

### 1. 未成年人刑事案件的定义

在我国，未成年人刑事案件，是指被告人实施被指控的犯罪时已满 14 周岁不满 18 周岁的案件。将未成年人刑事案件诉讼程序与成年人的刑事案件诉讼程序区别开，是由未成年人的心理和生理特点决定的。与成年人相比，未成年人的心理和生理有如下特征：

- (1) 生理变化明显。
- (2) 心理上进入了由幼稚转向成熟的过渡时期，具有半儿童、半成人的特点。
- (3) 独立意识提升，自尊心较强。

### 2. 必须查明犯罪嫌疑人、被告人的准确出生日期

对于未成年人刑事案件，不论是立案阶段，还是侦查、起诉以及审判活动，都必须重点查明犯罪嫌疑人





人、被告人的准确出生日期，因为年龄因素很可能决定着是否应当追究刑事责任。

对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄，但是无法准确查明被告人具体出生日期的，应当认定其达到相应法定刑事责任年龄。

### 重点法条

#### 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》

第二十条 对于犯罪情节轻微，并具有下列情形之一，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的未成年犯罪嫌疑人，一般应当依法作出不予起诉决定：

- (一) 被胁迫参与犯罪的；
- (二) 犯罪预备、中止的；
- (三) 在共同犯罪中起次要或者辅助作用的；
- (四) 是又聋又哑的人或者盲人的；
- (五) 因防卫过当或者紧急避险过当构成犯罪的；
- (六) 有自首或者重大立功表现的；
- (七) 其他依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的情形。

### 法条精解

本部分规定的是区别对待的起诉政策。为充分体现宽严相济、区别对待的刑事政策，《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第20条将“可诉可不诉的不诉”这一原则进一步具体化，有利于及时、妥善处理未成年人案件，最大限度地教育、挽救未成年犯罪嫌疑人。

### 真题示例

(2008-2-73) 对于犯罪情节轻微，且具有规定情形，依照《刑法》不需要判处刑罚或者免除刑罚的未成年犯罪嫌疑人，一般应当依法作出不予起诉决定。下列哪些情形适用该规定？

- A. 被胁迫参与犯罪的
- B. 是又聋又哑的人的
- C. 因紧急避险过当构成犯罪的
- D. 有自首或者重大立功表现的

答案：ABCD。

解析：根据《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第20条的规定，本题四个选项均为正确选项。

### 重点法条

第十四条第二款 对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

#### 【关联法条】

#### 《刑事诉讼法》

第三十四条第二款 被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

#### 《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》

第五条 办理未成年人违法犯罪案件，应当保护未成年人的名誉，不得公开披露涉案未成年人的姓名、住所和影像。

#### 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》

第四条 人民检察院办理未成年人刑事案件，应当依法保护涉案未成年人的名誉，尊重其人格尊严，不得公开或者传播涉案未成年人的姓名、住所、照片、图像及可能推断出该未成年人的资料。

人民检察院办理刑事案件，应当依法保护未成年被害人、证人以及其他与案件有关的未成年人的合法权益。

第十条 人民检察院审查批准逮捕未成年人犯罪案件，应当讯问未成年犯罪嫌疑人。

讯问未成年犯罪嫌疑人，应当根据该未成年人的特点和案件情况，制定详细的讯问提纲，采取适宜该





未成年人的方式进行，讯问用语应当准确易懂。

讯问未成年犯罪嫌疑人，应当告知其依法享有的诉讼权利，告知其如实供述案件事实的法律规定和意义，核实其是否有自首、立功、检举揭发等表现，听取其有罪的供述或者无罪、罪轻的辩解。

讯问未成年犯罪嫌疑人，应当通知法定代理人到场，告知法定代理人依法享有的诉讼权利和应当履行的义务。

讯问女性未成年犯罪嫌疑人，应当有女检察人员参加。

第十六条 人民检察院审查起诉未成年人刑事案件，自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知该未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人有权委托辩护人，告知被害人及其法定代理人有权委托诉讼代理人，告知附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

对未成年犯罪嫌疑人、未成年被害人或者其法定代理人提出聘请律师意向，但因经济困难或者其他原因没有委托辩护人、诉讼代理人的，应当帮助其申请法律援助。

未成年犯罪嫌疑人被羁押的，人民检察院应当审查是否有必要继续羁押。

审查起诉未成年犯罪嫌疑人，应当听取其父母或者其他法定代理人、辩护人、未成年被害人及其法定代理人的意见。可以结合社会调查，通过学校、社区、家庭等有关组织和人员，了解未成年犯罪嫌疑人的成长经历、家庭环境、个性特点、社会活动等情况，为办案提供参考。

第十七条 人民检察院审查起诉未成年人刑事案件，应当讯问未成年犯罪嫌疑人。讯问未成年犯罪嫌疑人适用本规定第十条、第十一条的规定。

### 《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》

第十九条 开庭审理前，应当通知未成年被告人的法定代理人出庭。法定代理人无法出庭或者确实不适宜出庭的，应另行通知其他监护人或者其他成年近亲属出庭。经通知，其他监护人或者成年近亲属不到庭的，人民法院应当记录在卷。

## 法条精解

本部分规定的是未成年犯罪嫌疑人、被告人享有特别的诉讼权利。对于未成年犯罪嫌疑人、被告人来说，除了享有与成年犯罪嫌疑人、被告人相同的诉讼权利以外，还享有一些特别的诉讼权利，主要包括：

1. 对于不满 18 岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

2. 被告人是未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

3. 14 岁以上不满 16 岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；16 岁以上不满 18 岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

## 真题示例

1. (2009-2-77) 关于审理未成年人刑事案件，下列哪些选项是正确的？

- A. 不能适用简易程序
- B. 在法庭上，必要时才对未成年被告人使用戒具
- C. 休庭时，可以允许法定代理人或者其他成年近亲属、教师会见未成年被告人
- D. 对未成年人案件，宣告判决应当公开进行

答案：CD。

解析：本题考查未成年人犯罪案件的审理。根据《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第 35 条的规定 A 项错误；根据其 25 条的规定，B 项错误；据其第 30 条的规定，C 项正确；又据其第 31 条的规定，D 项正确。

2. (2007-2-75) 检察院在审查起诉未成年人刑事案件时，应当进行下列哪些活动？

- A. 应当听取辩护人的意见
- B. 应当听取未成年被害人的意见
- C. 应当听取未成年被害人的法定代理人的意见
- D. 在押的未成年犯罪嫌疑人在认罪、悔罪表现的，检察人员可以安排其与法定代理人、近亲属等会见、通话

答案：ABCD。

**解析：**根据《最高人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第16条第4款的规定，ABC是正确的；又据其第18条第2项的规定，D项是正确的。

3. (2006-2-77) 犯罪嫌疑人甲系不满18周岁的未成年人，在侦查阶段，依法享有下列哪些诉讼权利？

- A. 在讯问时，侦查机关应当通知其法定代理人到场
- B. 甲在讯问时，侦查机关可以通知其法定代理人到场
- C. 甲被第一次讯问后，甲可以聘请辩护律师提供法律帮助
- D. 被第一次讯问后，甲的亲属可以为其聘请律师

**答案：**BD。

**解析：**根据《刑事诉讼法》第14条第2款的规定，B项说法正确，A项的“应当”不正确。根据《刑事诉讼法》第96条的规定，C项“可以聘请辩护律师提供法律帮助”的说法错误。又据《六部委规定》第10条之规定，D项当中“甲的亲属可以为其聘请律师”说法正确。故本题应选BD。

## 重点法条

### 《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》

第十五条第一款 办理未成年人违法犯罪案件，应当严格限制和尽量减少使用强制措施。

### 【关联法条】

### 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》

第十二条 人民检察院审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当根据未成年犯罪嫌疑人涉嫌犯罪的事实、主观恶性、有无监护与社会帮教条件等，综合衡量其社会危险性，确定是否有逮捕必要，慎用逮捕措施，可捕可不捕的不捕。

第十三条 对于罪行较轻，具备有效监护条件或者社会帮教措施，没有社会危险性或者社会危险性较小，不会妨害诉讼正常进行的未成年犯罪嫌疑人，一般不予批准逮捕。

对于罪行比较严重，但主观恶性不大，有悔罪表现，具备有效监护条件或者社会帮教措施，不具有社会危险性，不会妨害诉讼正常进行，并具有下列情形之一的未成年犯罪嫌疑人，也可以依法不予批准逮捕：

(一) 初次犯罪、过失犯罪的；

(二) 犯罪预备、中止、未遂的；

(三) 有自首或者立功表现的；

(四) 犯罪后能够如实交待罪行，认识自己行为的危害性、违法性，积极退赃，尽力减少和赔偿损失，得到被害人谅解的；

(五) 不是共同犯罪的主犯或者集团犯罪中的首要分子的；

(六) 属于已满十四周岁不满十六周岁的未成年人或者系在校学生的；

(七) 其他没有逮捕必要的情形。

## 法条精解

本部分规定的是严格限制强制措施的适用。在刑事诉讼中，对未成年犯罪嫌疑人应当慎重适用强制措施，尽量不用或者少用。对于可捕可不捕的，一般不要逮捕。

## 重点法条

第十六条 对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。

对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第三百一十三条 本解释所称的涉外刑事案件是指：

(一) 在中华人民共和国领域内，外国人犯罪的或者我国公民侵犯外国人合法权利的刑事案件；

(二) 在中华人民共和国领域外，符合刑法第八条、第十条规定情形的外国人对中华人民共和国国家和公民犯罪和中国公民犯罪的案件；

(三) 符合刑法第九条规定的情形，中华人民共和国在所承担国际条约义务范围内行使管辖权的案件。





第三百一十四条 外国人的国籍以其入境时的有效证件予以确认；国籍不明的，以公安机关会同外事部门查明的为准。国籍确实无法查明的，以无国籍人对待，适用涉外刑事案件审理程序。

第三百一十七条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的，适用该国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外。

### 《刑法》

第六条 凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。

犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

第七条 中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。

中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。

第八条 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

第九条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

第十条 凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

### 法条精解

本部分规定的是涉外刑事诉讼程序。

1. 定义。涉外刑事诉讼程序，是指诉讼活动涉及外国人（包括无国籍人）或需要在国外进行的刑事诉讼所特有的方式、方法和步骤。简言之，涉外刑事诉讼程序，就是涉外刑事诉讼所特有的方式、方法和步骤。

2. 涉外刑事诉讼程序所适用的案件范围。由于涉外刑事诉讼是诉讼活动涉及外国人或者某些诉讼活动需要在国外进行的刑事诉讼，因此，只有以下几种案件才可能适用涉外刑事诉讼程序：

（1）中国公民在中华人民共和国领域内对外国公民、无国籍人及外国法人犯罪的案件。在这种案件中，外国公民、无国籍人或外国法人是被害人，诉讼活动涉及外国人，故应适用涉外刑事诉讼程序。

注意涉外刑事诉讼中国籍的确认方法：外国人的国籍以其入境时的有效证件予以确认；国籍不明的，以公安机关会同外事部门查明的为准。国籍确实无法查明的，以无国籍人对待，适用涉外刑事案件审理程序。

（2）外国公民、无国籍人或外国法人在中华人民共和国领域内对中国国家、组织或者公民实施犯罪的案件。

（3）外国公民、无国籍人或外国法人在中华人民共和国领域内侵犯外国公民、无国籍人或外国法人的合法权利、触犯中国刑法，构成犯罪的案件。

（4）中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的，中国有义务管辖的国际犯罪行为。

（5）外国公民、无国籍人、外国法人在中华人民共和国领域外对中国国家或公民实施按照中国刑法规定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪案件，但按照犯罪地法律不受处罚的除外。

（6）某些刑事诉讼活动需要在国外进行的非涉外刑事案件。

（7）外国司法机关管辖的，根据国际条约或者互惠原则，外国司法机关请求中国司法机关为其提供刑事司法协助的案件。

3. 涉外刑事诉讼程序所适用的法律。涉外刑事诉讼是中国刑事诉讼活动的一个组成部分，因而它所适用的实体法和程序法都应是中国的法律以及中国缔结或参加的国际条约，不存在适用外国实体法和程序法的问题。即使中国司法机关接受外国司法机关的请求，协助他们调查取证、查缉罪犯，也应按照中国刑事诉讼法规定的方法、步骤进行。

### 真题示例

（2005-2-79）在涉外刑事诉讼中，关于国籍的确认，下列哪些做法是正确的？

A. 犯罪嫌疑人甲，入境时持有有效证件，以该有效证件确认甲的国籍



- B. 犯罪嫌疑人乙，国籍不明，以公安机关会同外事部门查明的情况确认乙的国籍
- C. 犯罪嫌疑人丙，国籍不明，经公安机关会同外事部门调查确实无法查明，以丙自报的国籍确认其国籍

D. 犯罪嫌疑人丁，国籍不明，经公安机关会同外事部门调查确实无法查明，按照无国籍人对待

答案：ABD。

**解析：**关于涉外刑事诉讼中的国籍确认问题，《高法解释》第314条作了明确的规定。根据该规定，国籍确认分为三类情况：①以入境时的有效证件为确认标准。A中的犯罪嫌疑甲，入境时持有有效证件，以该有效证件确认甲的国籍就是此种情形。②国籍不明的查明标准，以公安机关会同外事部门查明的为准。B就属于这种情况。③国籍确实无法查明的，以无国籍人对待。D中的犯罪嫌疑人丁，国籍不明，经公安机关会同外事部门调查确实无法查明，按照无国籍人对待就属于这种情形。因此，ABD是正确的。

## 重点法条

### 《高法解释》

第三百一十六条 外国籍被告人在刑事诉讼中，享有我国法律规定的诉讼权利并承担义务。

### 【关联法条】

### 《高法解释》

第三百一十九条第一款 人民法院审判涉外刑事案件，使用中华人民共和国通用的语言、文字，应当为外国籍被告人提供翻译。如果外国籍被告人通晓中国语言、文字，拒绝他人翻译的，应当由本人出具书面声明，或者将他的口头声明记录在卷。诉讼文书为中文本，应当附有被告人通晓的外文译本，译本不加盖人民法院印章，以中文本为准。翻译费用由被告人承担。

第三百二十条 外国籍被告人委托律师辩护的，以及附带民事诉讼的原告人、自诉人委托律师代理诉讼的，应当委托具有中华人民共和国律师资格并依法取得执业证书的律师。

外国籍被告人没有委托辩护人的，人民法院可以为其指定辩护人。被告人拒绝辩护人为其辩护的，应当由其提出书面声明，或者将其口头声明记录在卷后，人民法院予以准许。

在中华人民共和国领域外居住的外国人寄给中国律师或者中国公民的授权委托书，必须经所在国公证机关证明、所在国外交部或者其授权机关认证，并经中国驻该国使、领馆认证，才具有法律效力。但中国与该国之间有互免认证协定的除外。

## 法条精解

本部分规定的是涉外刑事诉讼特有的原则。涉外刑事诉讼的特有原则，是指司法机关及诉讼参与人进行涉外刑事诉讼时所应遵守的行为准则。包括：

### 1. 适用中国刑事法律和信守国际条约相结合的原则

该原则是指，司法机关及诉讼参与人在进行涉外刑事诉讼时，除了要遵守中国刑法和刑事诉讼法外，还应当遵守中国缔结或者参加的国际条约中有关刑事诉讼程序的具体规定，除非中国对该条款有保留。如果中国的刑事法律与中国缔结或者参加的国际条约有冲突，应当适用国际条约的有关规定。

### 2. 外国籍犯罪嫌疑人、被告人享有中国法律规定的诉讼权利并承担诉讼义务的原则

该原则是指，具有外国国籍的犯罪嫌疑人、被告人（包括无国籍人及外国籍法人）在涉外刑事诉讼中，依照中国刑事诉讼法和其他法律的有关规定，享有诉讼权利，承担诉讼义务，他既不能享有本国法规定的诉讼权利，也不必遵循本国法所规定的诉讼义务。

我国刑事诉讼法中虽未明文规定这项原则，但《高法解释》第316条规定，“外国籍被告人在刑事诉讼中，享有我国法律规定的诉讼权利并承担义务。”

### 3. 使用中国通用的语言文字进行诉讼的原则

（1）司法机关在进行涉外刑事诉讼时，使用中国通用的语言进行预审、法庭审判和调查讯问。

（2）司法机关在涉外刑事诉讼中制作的诉讼文书为中文本。

（3）司法机关在涉外刑事诉讼中，应当为外国籍犯罪嫌疑人、被告人提供翻译。如果外国籍犯罪嫌疑人、被告人通晓中国语言、文字，拒绝为其提供的翻译的，应当由本人出具书面声明，或者将他的口头声明记录在卷。

（4）为便于诉讼的顺利进行，司法机关在送达外国籍犯罪嫌疑人、被告人及其他当事人的中文本诉讼





文书时，应当附有犯罪嫌疑人、被告人通晓的外文译本，但译本不加盖司法机关印章，送达的文书内容以中文本为准。

这里要注意两个问题：

(1) 不能以使用中国通用的语言文字进行诉讼为理由，强迫外国籍当事人尤其是懂中国通用的语言文字的外国籍当事人使用中国通用的语言文字来回答司法人员的审（讯）问、询问和书写诉讼文书，发表辩护意见等，应当允许他们使用国籍国通用的或他们通晓的语言文字。

(2) 不能在使用中国通用的语言文字方面无原则地迁就外国籍犯罪嫌疑人、被告人，如果外国籍当事人以不懂中国通用的语言文字为由拒收诉讼文书，送达人应当在有见证人在场的情况下，把文件留在他的住处或者羁押场所，并记录在卷，该诉讼文书即认为已经送达。

#### 4. 外国籍当事人委托中国律师辩护或代理的原则

(1) 外国籍当事人如欲委托律师辩护或代理，必须委托在中国注册的律师，不允许委托外国律师。外国律师接受委托担任辩护人或诉讼代理人参加诉讼，不以律师名义或身份出庭，不享有中国法律赋予律师的权利，人民法院只将其视为一般的辩护人或者诉讼代理人；人民法院为没有委托辩护人的外国籍被告人指定辩护人，应当指定中国律师。

(2) 在中华人民共和国领域外居住的外国人寄给中国律师或者中国公民的授权委托书，必须经所在国公证机关证明、所在国外交部或者其授权机关认证，并经中国驻该国使、领馆认证，才具有法律效力。但中国与该国之间有互免认证协定的除外。

### 重点法条

第十七条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。

#### 【关联法条】

#### 《高法解释》

第三百二十五条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照对等互惠原则，我国法院和外国法院可以互相请求，代为一定的诉讼行为。

外国法院请求的事项同中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益不相容以及违反中国法律的，应当予以驳回；不属于我国法院职权范围的，应当予以退回，并说明理由。

第三百二十六条 请求与我国签订司法协助协定的国家的法院代为一定诉讼行为的，必须由所在省、自治区、直辖市高级人民法院报经最高人民法院审查同意。与我国签订司法协助协定的国家的法院请求我国法院代为一定诉讼行为的，应当由最高人民法院审查后转达。

第三百二十七条 向在中华人民共和国领域外居住的当事人送达诉讼文书，采用下列方式：

(一) 通过外交途径送达；

(二) 对中国籍当事人，可以委托我国使、领馆代为送达；

(三) 当事人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达；

(四) 当事人所在国与我国有刑事司法协助协定的，按照协定规定的方式送达；

(五) 当事人是自诉案件的自诉人或者是附带民事诉讼的原告人，有诉讼代理人的，可以由诉讼代理人送达。

第三百二十八条 人民法院与同我国建交国家的法院通过外交途径相互请求送达法律文书的，除该国同我国已有司法协助协定的依协定外，依据互惠原则办理。

第三百二十九条 外国法院通过外交途径请求我国法院向我国公民以及在华的第三国当事人送达有关刑事法律文书，除有司法协助协定的外，按照下列程序处理：

(一) 由该国驻华使、领馆将法律文书交外交部领事司转递有关高级人民法院。该高级人民法院经审查后，认为可以代为送达的，应当指定有关中级人民法院送达当事人。请求方附有送达回证的，当事人应当在送达回证上签字；未附送达回证的，由负责送达的中级人民法院出具送达证明。送达回证或者送达证明由高级人民法院通过外交部领事司转递请求方；

(二) 受送达的当事人享有外交特权与豁免权的，不予送达；不属于人民法院职权范围或者因地址不明及其他原因不能送达的，有关高级人民法院应当注明不能送达的原因，由外交部领事司向请求方说明，予以退回。

第三百三十条 外国驻华使、领馆通过外交途径请求我国法院向在华的该国国民送达法律文书，适用本解释第三百二十九条的规定。

第三百三十一条 人民法院通过外交途径向国外当事人送达法律文书，按照下列程序处理：

（一）请求送达的法律文书必须经高级人民法院审查，由高级人民法院交外交部领事司转递；

（二）必须准确注明受送达当事人的外文姓名、性别、年龄、国籍及详细地址，并将该案的基本情况函告外交部领事司；

（三）必须附有注明被请求方法院名称的送达请求书。被请求方法院名称不明的，可以请求该当事人所在地区主管法院送达。所送法律文书必须附有被请求方官方通用文字或者该国同意使用的第三国文字译本。如果被请求方对请求书及法律文书有公证、认证等特殊要求，由外交部领事司通知高级人民法院。

第三百三十二条 人民法院委托我使、领馆向在外国的中国籍当事人送达法律文书，按照下列程序处理：

（一）委托送达的法律文书必须经高级人民法院审查，由高级人民法院交外交部领事司转递；

（二）必须准确注明受送达当事人的外文姓名、性别、年龄及详细地址，并将该案的基本情况函告外交部领事司。

第三百三十三条 我国法院和外国法院通过外交途径相互请求送达法律文书的收费，参照最高人民法院、外交部、司法部《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书和调查取证费用收支办法的通知》办理。

第三百三十五条 外国法院请求我国法院提供司法协助的请求书及所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

#### 《高检规则》

第四百三十七条 人民检察院进行司法协助，有我国参加或者缔结的国际条约规定的，适用该条约规定，但是我国声明保留的条款除外；无相应条约规定的，按照互惠原则通过外交途径办理。

第四百三十八条 人民检察院应当在相互尊重国家主权和平等互利的基础上，与有关国家的主管机关相互提供司法协助。

第四百四十条 人民检察院司法协助的范围主要包括刑事方面的调查取证、送达刑事诉讼文书、通报刑事诉讼结果、移交物证、书证和视听资料、扣押、移交赃款、赃物以及法律和国际条约规定的其他司法协助事宜。

第四百四十一条 办理引渡案件，按照国家关于引渡的法律和规定执行。

第四百四十二条 人民检察院对外进行司法协助，应当根据我国有关法律规定的程序向外国提供司法协助和办理司法协助事务。依照国际条约规定，在不违背我国法律规定的前提下，也可以按照请求方的要求适用请求书所示的程序。

第四百四十三条 外国有关机关请求的事项有损中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益以及违反中国法律的，应当不予协助；不属于人民检察院职权范围的，应当予以退回或移送有关机关，并说明理由。

第四百四十四条 最高人民检察院是检察机关办理司法协助事务的最高主管机关，依照国际条约规定是人民检察院司法协助的中方中央机关。

地方各级人民检察院是执行司法协助的主管机关，依照职责分工办理司法协助事务。

第四百四十五条 人民检察院与有关国家相互提供司法协助，应当按照我国与有关国家缔结的司法协助条约规定的联系途径或者外交途径进行。

第四百四十六条 有关司法协助条约规定最高人民检察院为司法协助的中方中央机关的，由最高人民检察院直接与有关国家对应的中央机关联系和转递司法协助文件及其他材料。

有关司法协助条约规定其他机关为中方中央机关的，地方各级人民检察院通过最高人民检察院与中方中央机关联系和转递司法协助文件。

第四百四十七条 其他机关需要通过最高人民检察院对外办理司法协助的，应当通过其最高主管机关与最高人民检察院联系。

第四百四十八条 对尚未与我国缔结司法协助条约的国家，相互之间需要提供司法协助的，应当根据互惠原则，通过外交途径办理，也可以按惯例进行。



本部分规定的是刑事司法协助。刑事司法协助是指一国的法院或其他司法机关，根据另一国的法院或其他司法机关的请求，代为或者协助实行与刑事诉讼有关的司法行为。

### 1. 刑事司法协助的概念

国际社会对刑事司法协助有狭义的和广义的两种理解。狭义的刑事司法协助是指与审判有关的刑事司法协助，它包括送达刑事司法文书、询问证人和鉴定人、搜查、扣押、有关物品的移交以及提供有关法律资料等。广义的刑事司法协助除了狭义上的刑事司法协助以外，还包括引渡等内容。所谓引渡，是指一国把在其境内而被他国指控为犯罪或已被定罪判刑的人，根据有管辖权的国家的请求，在条约或互惠的基础上，移交给请求国，以便追究其刑事责任或执行刑罚的一项制度。

### 2. 刑事司法协助的法律依据

国家间开展刑事司法协助的法律依据，大体有四种：

- (1) 国家间共同参加的国际公约。
- (2) 国家间签订的刑事司法协助条约。
- (3) 国家间临时达成的关于刑事司法协助的互惠协议。
- (4) 国内法律规定。

我国《刑事诉讼法》第17条规定：根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。注意，如果外国法院请求的事项同中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益不相容以及违反中国法律的，应当予以驳回；不属于我国法院职权范围的，应当予以退回，并说明理由。

### 3. 刑事司法协助的主体

刑事司法协助的主体，是指请求提供刑事司法协助和接受请求提供刑事司法协助的司法机关，包括请求国的司法机关和接受请求国的司法机关。在主张刑事司法协助狭义说的国家，刑事司法协助的主体仅指人民法院；在主张刑事司法协助广义说的国家，刑事司法协助的主体，除了法院外，还包括检察机关、公安机关。

我国主张刑事司法协助广义说，因此，我国的公安机关、检察机关和人民法院，都是刑事司法协助的主体。

### 4. 刑事司法协助的程序要求

(1) 请求与我国签订司法协助协定的国家的法院代为一定诉讼行为的，必须由所在省、自治区、直辖市高级人民法院报经最高人民法院审查同意。可见，如果地方各级司法机关需要向外国提出刑事司法协助请求，一般应逐级上报中央一级司法机关审查、办理，不能自行直接联系。

(2) 与我国签订司法协助协定的国家的法院请求我国法院代为一定诉讼行为的，应当由最高人民法院审查后转达。

## 真题示例

1. (2009-2-38) 根据我国涉外刑事案件审理程序规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 国籍不明又无法查清的，以中国国籍对待，不适用涉外刑事案件审理程序
- B. 法院审判涉外刑事案件，不公开审理
- C. 对居住在国外的中国籍当事人，可以委托我国使、领馆代为送达
- D. 外国法院通过外交途径请求我国法院向外国驻华使、领馆商务参赞送达法律文书的，应由我国有关

高级法院送达

答案：C。

解析：本题考查涉外刑事案件的审理程序。根据《高法解释》第314条可知，A项说法错误；根据其第318条的规定，B项说法错误；又据其第327条的规定，C项属于其第三种情形，说法正确；最后，据该司法解释第329条的规定，D项说法错误。

2. (四川2008-2-78) 关于检察院进行刑事司法协助的范围，下列哪些选项是正确的？

- A. 受别国委托暂时扣押逃往我国的别国犯罪嫌疑人
- B. 送达刑事法律文书





- C. 通报刑事诉讼结果
- D. 移交物证、书证和视听资料

答案：BCD。

解析：根据《高检规则》第 440 条的规定可知，BCD 是正确的。

3. (2005 - 2 - 38) 下列哪一项不属于狭义的刑事司法协助？

- A. 询问证人
- B. 引渡
- C. 搜查
- D. 扣押

答案：B。

解析：国际社会对刑事司法协助有狭义的和广义两种理解。狭义的刑事司法协助是指与审判有关的刑事司法协助。它包括送达刑事司法文书、询问证人和鉴定人、搜查、扣押、有关物品的移交以及提供有关法律资料等。广义的刑事司法协助除了狭义的刑事司法协助外，还包括引渡等内容。所谓引渡，是指一国把在其境内而被他国指控为犯罪或已被定罪判刑的人，根据有管辖权的国家的请求，在本条约或互惠的基础上，移交给请求国，以便追究其刑事责任或执行刑罚的一项制度。据此，B 是正确的。



附录    本书主要法律文件全、简称对照表

第一章    宪    法

宪法	中华人民共和国宪法
立法法	中华人民共和国立法法
选举法	中华人民共和国全国人民代表大会地方各级人民代表大会选举法
全国人大组织法	中华人民共和国全国人民代表大会组织法
地方组织法	中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法
国务院组织法	中华人民共和国国务院组织法
监督法	中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法
村委会组织法	中华人民共和国村民委员会组织法
民族区域自治法	中华人民共和国民族区域自治法
香港基本法	中华人民共和国香港特别行政区基本法
澳门基本法	中华人民共和国澳门特别行政区基本法

第二章    经    济    法

反垄断法	中华人民共和国反垄断法
反不正当竞争法	中华人民共和国反不正当竞争法
消费者权益保护法	中华人民共和国消费者权益保护法
产品质量法	中华人民共和国产品质量法
食品安全法	中华人民共和国食品安全法
商业银行法	中华人民共和国商业银行法
银行业监督管理法	中华人民共和国银行业监督管理法
企业所得税法	中华人民共和国企业所得税法
企业所得税法实施条例	中华人民共和国企业所得税法实施条例
个人所得税法	中华人民共和国个人所得税法
个人所得税法实施条例	中华人民共和国个人所得税法实施条例
税收征收管理法	中华人民共和国税收征收管理法
税收征收管理法实施细则	中华人民共和国税收征收管理法实施细则
土地管理法	中华人民共和国土地管理法
农村土地承包法	中华人民共和国农村土地承包法
城市房地产管理法	中华人民共和国城市房地产管理法
环境保护法	中华人民共和国环境保护法
劳动法	中华人民共和国劳动法
劳动争议解释	最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释
劳动合同法	中华人民共和国劳动合同法
劳动争议调解仲裁法	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法
招标投标法	中华人民共和国招标投标法
拍卖法	中华人民共和国拍卖法
审计法	中华人民共和国审计法

会计法	中华人民共和国会计法
企业国有资产法	中华人民共和国企业国有资产法
<b>第三章 国际法、国际私法和国际经济法</b>	
邻海及毗连区法	中华人民共和国邻海及毗连区法
专属经济区和大陆架法	中华人民共和国专属经济区和大陆架法
国籍法	中华人民共和国国籍法
对外贸易法	中华人民共和国对外贸易法
反倾销条例	中华人民共和国反倾销条例
反补贴条例	中华人民共和国反补贴条例
保障措施条例	中华人民共和国保障措施条例
<b>第四章 司法制度和法律职业道德</b>	
法官法	中华人民共和国法官法
法官职业道德基本准则	中华人民共和国法官职业道德基本准则
检察官法	中华人民共和国检察官法
律师法	中华人民共和国律师法
公证法	中华人民共和国公证法
<b>第五章 刑 法</b>	
刑法	中华人民共和国刑法
<b>第六章 刑事诉讼法</b>	
刑事诉讼法	中华人民共和国刑事诉讼法
高法解释	最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释
六部委规定	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法、全国人大常委会法制工作委员会关于《中华人民共和国刑事诉讼法》实施中若干问题的规定
高检规则	人民检察院刑事诉讼规则
取保候审规定	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部关于取保候审若干问题的规定
未成年人保护法	中华人民共和国未成年人保护法
预防未成年人犯罪法	中华人民共和国预防未成年人犯罪法
<b>第七章 行政法与行政诉讼法</b>	
行政许可法	中华人民共和国行政许可法
国家赔偿法	中华人民共和国国家赔偿法
行赔规定	最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定
国赔解释	最高人民法院关于人民法院执行《中华人民共和国国家赔偿法》几个问题的解释
行政处罚法	中华人民共和国行政处罚法
治安管理处罚法	中华人民共和国治安管理处罚法
行政复议法	中华人民共和国行政复议法
复议法实施条例	中华人民共和国行政复议法实施条例
突发事件应对法	中华人民共和国突发事件应对法
行政监察法	中华人民共和国行政监察法
政府采购法	中华人民共和国政府采购法

政府信息公开条例	中华人民共和国政府信息公开条例
公务员法	中华人民共和国公务员法
行政诉讼法	中华人民共和国行政诉讼法
若干解释	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释
证据规定	最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定
第八章 民 法	
民法通则	中华人民共和国民法通则
民通意见	最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的解释（试行）
民事案件诉讼时效规定	最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定
物权法	中华人民共和国物权法
担保法	中华人民共和国担保法
担保法解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释
合同法	中华人民共和国合同法
合同法解释（一）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）
合同法解释（二）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）
婚姻法	中华人民共和国婚姻法
婚姻法解释（一）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）
婚姻法解释（二）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）
继承法	中华人民共和国继承法
继承法意见	最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的解释
收养法	中华人民共和国收养法
专利法	中华人民共和国专利法
专利法实施细则	中华人民共和国专利法实施细则
专利纠纷适用法律若干规定	最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问的若干规定
著作权法	中华人民共和国著作权法
著作权法实施条例	中华人民共和国著作权法实施条例
著作权民事纠纷司法解释	最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释
商标法	中华人民共和国商标法
商标法实施条例	中华人民共和国商标法实施条例
商标民事纠纷司法解释	最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释
侵权责任法	中华人民共和国侵权责任法
第九章 商 法	
公司法	中华人民共和国公司法
合伙企业法	中华人民共和国合伙企业法
个人独资企业法	中华人民共和国个人独资企业法
中外合资经营企业法	中华人民共和国中外合资经营企业法
中外合资经营企业法实施条例	中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例
中外合作经营企业法	中华人民共和国中外合作经营企业法
中外合作经营企业法实施细则	中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则



外资企业法	中华人民共和国外资企业法
外资企业法实施细则	中华人民共和国外资企业法实施细则
企业破产法	中华人民共和国企业破产法
保险法	中华人民共和国保险法
票据法	中华人民共和国票据法
海商法	中华人民共和国海商法
证券法	中华人民共和国证券法
第十章 民事程序法	
民事诉讼法	中华人民共和国民事诉讼法
民诉意见	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见
海事诉讼特别程序法	中华人民共和国海事诉讼特别程序法
经济审判规定	最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行《中华人民共和国民事诉讼法》的若干规定
证据规定	最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定
执行规定	最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）
执行解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干问题的解释
仲裁法	中华人民共和国仲裁法
仲裁法解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释

2010 年司考之路系列

# 国家司法考试 重点法条解读 (下册)

新东方北斗星司法考试研究中心 主编

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 · BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有，侵权必究。

#### 图书在版编目（CIP）数据

国家司法考试·重点法条解读·下册/新东方·北斗星司法考试研究中心主编.  
北京：电子工业出版社，2010.3  
（2010年司考之路系列）  
ISBN 978-7-121-10422-0

I. 国… II. 新… III. 法律—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92  
中国版本图书馆 CIP 数据核字（2010）第 029880 号

责任编辑：周琰

责任编辑：周琰 特约编辑：周华 李红

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：880×1 230 1/16 印张：87 字数：3206 千字

印 次：2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价：148.00 元（上、下册）

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：（010）88254888。

质量投诉请发邮件至 [zlts@phei.com.cn](mailto:zlts@phei.com.cn)，盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

服务热线：（010）88258888。

# 序



2009 年司法考试已经尘埃落定，2010 年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共 2 万多条，涉及的学科涵盖法学 14 门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010 年司考之路系列》丛书。本丛书共 10 本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

## 1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及 2010 年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条 + 考点解析 + 真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条 + 法条精解 + 真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案 + 考点 + 解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

## 2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出考点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

## 3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里



没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010 年 3 月



# 前言



司法考试从2002年诞生至今，已阅八载。在这八年中，公众对司法考试经历了由陌生到熟悉的过程，而司法考试自身的规律性也随着时间的累积逐渐被认识。规律者，反复应验的东西而已。在司法考试而言，就是被历年真题反复验证的出题范围、出题方式、答题技巧等，而其中最重要的一个规律，就是司法考试以法条为本。更进一步说，就是以重点法条为本。原因很简单，司法考试要鉴别、选拔的人才不是别的，乃是实务型人才，而法律实务本身又是无时无刻不与法条打交道的，最经常打交道的便是应用最频繁、最广泛的重点法条。简言之，司法考试就是以实务为导向的。窃以为，了解这一点，乃是推开司考之门的钥匙。

而事实上，这一规律也得到了八年司考真题的验证——读者从本书附列的历年真题中自可体会。

把握司考的这个规律是极其重要的，这有利于缩小复习范围，提高复习效率，减少无谓劳动。有鉴于此，新东方北斗星司法考试研究中心和电子工业出版社强强联合，精心打造了这样一本对重点法条进行应试化解读的辅导用书。所谓应试化解读，是指在解读中告诉读者哪些法条是重点，以及这些重点法条的命题角度。这是本书的基调，也将本书与一般的法律法规释义书区别开来。

## 1. 本书结构

本书按部门法分为十章，每章统摄一个部门法（如第一章宪法），但对于纯理论性的科目，如法理学、法制史等，本书并不涉及。

## 2. 每章结构

每章分为导论和正文两部分。导论立足于司考真题中反映出的普遍规律，在宏观上描述本部门法的考查规律、特点和应对方法。正文部分包括“重点法条”、“关联法条”、“法条精解”和“真题示例”四类条目。

## 3. 正文结构

正文部分在逻辑上以制度为中心，将相互关联的一组法条集合到一起，并依其重要性分为“重点法条”和“关联法条”，换句话说，组合到一起的“重点法条”和“关联法条”正好构成一个法律制度。在每一法律制度后，以“法条精解”对制度进行解析、点拨，这既是全书的核心所在，也是每个“重点法条”必附的条目。在“法条精解”后，随附典型真题及其解析，即“真题示例”。

## 4. 几点说明

（1）在正文的四类条目中，“重点法条”和“法条精解”是每一制度的必备条目，而“关联法条”和“真题示例”则视具体情况而定。

(2) 在处理法律和司法解释的关系上,出于编排技术上的考虑,司法解释大多被置入“关联法条”之中,但这并不意味着“关联法条”不重要。例如,在处理刑法典和刑法的司法解释时,虽然后者基本上都是被放到了“关联法条”中,但实际上,有的司法解释条文比刑法典中的条文更为重要。

本书由新东方司法考试研究中心主编,中国人民大学法学院一批优秀的法学博士、法学硕士参与了本书编写,他们是雷振、王帅、张放、崔金鹏、董惠瑶、朱培安、杜磊、韩晓强、肖像、朱士阔等,电子工业出版社资深高级编辑周琰付出了辛勤劳动,在此一并表示感谢。

作 者  
2010 年 3 月



# 目录 | CONTENTS

## 上册

第一章 宪法 .....	1
《宪法》 .....	1
《立法法》 .....	22
《选举法》 .....	36
《全国人大组织法》 .....	44
《地方组织法》 .....	49
《国务院组织法》 .....	52
《监督法》 .....	55
《村委会组织法》 .....	57
《民族区域自治法》 .....	59
《香港基本法》 .....	61
第二章 经济法 .....	69
《反垄断法》 .....	69
《反不正当竞争法》 .....	76
《消费者权益保护法》 .....	82
《产品质量法》 .....	90
《食品安全法》 .....	94
《商业银行法》 .....	99
《银行业监督管理法》 .....	106
《企业所得税法》 .....	110
《个人所得税法》 .....	119
《税收征收管理法》 .....	124
《土地管理法》 .....	134
《农村土地承包法》 .....	144
《城市房地产管理法》 .....	148
《环境保护法》 .....	152
《劳动法》 .....	156
《劳动争议解释》 .....	162
《劳动合同法》 .....	163
《劳动争议调解仲裁法》 .....	175



《招标投标法》	178
《拍卖法》	181
《审计法》	183
《会计法》	186
《企业国有资产法》	187
第三章 国际法、国际私法和国际经济法	193
《领海及毗连区法》	193
《专属经济区和大陆架法》	196
《国籍法》	197
《民通意见》	199
《票据法》	203
《民事诉讼法》	204
《国际贸易术语解释通则》	206
《跟单信用证统一惯例》	210
《对外贸易法》	212
第四章 法律职业道德和司法制度	219
《法官法》	219
《法官职业道德基本准则》	223
《检察官法》	229
《律师法》	234
《公证法》	239
第五章 刑法	243
《刑法》	244
第六章 刑事诉讼法	445
《刑事诉讼法》	446

下 册

第七章 行政法与行政诉讼法	613
《行政许可法》	613
《国家赔偿法》	625
《行政处罚法》	643
《行政复议法》	656
《工伤保险条例》	677
《突发公共卫生事件应急条例》	680
《突发事件应对法》	682
《信访条例》	686
《医疗事故处理条例》	689
《行政监察法》	694
《政府采购法》	698
《政府信息公开条例》	705
《公务员法》	710
《行政法规制定程序条例》	727
《规章制定程序条例》	729
《行政诉讼法》	731



第八章 民法 .....	779
《民法通则》 .....	780
《物权法》 .....	833
《担保法》 .....	895
《合同法》 .....	910
《婚姻法》 .....	1005
《继承法》 .....	1019
《收养法》 .....	1031
《专利法》 .....	1034
《著作权法》 .....	1053
《商标法》 .....	1072
《侵权责任法》 .....	1088
第九章 商法 .....	1095
《公司法》 .....	1095
《合伙企业法》 .....	1132
《个人独资企业法》 .....	1144
《中外合资经营企业法》 .....	1148
《中外合作经营企业法》 .....	1152
《外资企业法》 .....	1156
《企业破产法》 .....	1159
《保险法》 .....	1177
《票据法》 .....	1194
《海商法》 .....	1206
《证券法》 .....	1215
第十章 民事程序法 .....	1235
《民事诉讼法》 .....	1235
《仲裁法》 .....	1353
附录 本书主要法律文件全、简称对照表 .....	1367



# 第七章 行政法与行政诉讼法



## 导 论

行政法是司法考试的重点之一,从历年真题来看,行政法的分值一般在60~65分之间,在2009年司法考试中,在题型上,与过去基本一致,特别是第二卷的客观题,分别考查了12道单选题(从第39~50题),11道多选题(从第80~90题),还有3道不定项选择题(从第98~100题)。在第四卷中,继2006年和2007年分别考查了一道25分的论述题,2008年考查了一道20分的传统案例分析题之后,2009年行政法考查了一道20分的传统的案例分析题和一道25分的论述题。从分值分布上看,卷二单选题为12分,多选题为22分,不定项选择题为6分。加上第四卷案例分析题20分,论述题25分,2009年行政法共考查了85分。与历年的分值相比较,今年行政法的分值有了显著增加,占到总分600分的14.2%。

由于行政法的内容比较抽象,离我们的生活较远,所以大家可能会觉得比较陌生,导致复习的难度增加,与其他部门法相比行政法的得分率就相对偏低,所以行政法同时也是司法考试的难点。2009年司考中,行政法的难度有所降低,但是仍然保持着其复合型和实务性的特点。从复合性上讲,近几年的司法考试的行政法试题很少再用一个题目考察一个知识点或法条,而是通过一道题目考察多个法条和知识点,考生必须对整道题所考察的知识点都掌握才能答对该题。另外就是,其实务性越来越强,理论知识往往通过案例来考察,现实生活中的很多案例也屡屡进入考卷。

从复习方法上我们应注意以下几点:首先,基础知识要牢固把握,从历年真题中我们可以看出,“重者恒重”的名言一次又一次被印证,每年真题中,《行政诉讼法》、《行政复议法》、《行政处罚法》等都是出题大户,并且分值相对稳定,因此对我们考生来说,牢固掌握相关的理论知识和相关的法条就显得尤为重要。其次,注重比较思维,现在很少有一道题只考察一个知识点的题,这就要求我们要全面的掌握知识点,比较可取的方法应当是将多个法条根据其内在联系统一在一个大的知识点之内,通过整体掌握这个大的知识点就把所有相关的法条都解决了。这就要求我们先扩大范围,对所有相关考点进行对比、筛选、裁剪成一个个大小合适的知识点专题作为框架,然后去粗取精、由表及里剔除次要法条,把握重点法条,做到“法网恢恢、疏而不漏”。最后,我们要学会综合思考,从宏观上把握真题,综合性考查是指多法条、多知识点、跨学科考查,就是一道题目考查多个学科的知识。不同部门法的结合考查已经是不可逆转的出题趋势。其实,在最近几年,无论是客观题还是主观题,都体现出了这样的命题特点。例如2003年是行政法与法理综合起来考,占了约15分,2004年是与民法、刑法等放在一起考,占了约5~10分,如2004年卷二第41题,就是结合了民法中特定物与种类物的区分,以及刑法上没收违法所得和非法财产的区分。今年的试题中,体现综合性特征的考题也是不胜枚举。这就对我们的复习提出了更高的要求,不仅要掌握各个部门法的知识点,还要学会综合的理解和运用。

## 《行政许可法》

### 重点法条

第二条 本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。

第三条 行政许可的设定和实施,适用本法。

有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批,不适用本法。

第四条 设定和实施行政许可,应当依照法定的权限、范围、条件和程序。

第七条 公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可,享有陈述权、申辩权;有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼;其合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的,有权依法要求赔偿。

第八条 公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。

行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿。

### 【关联法条】

#### 《行政许可法》

第四条 设定和实施行政许可，应当依照法定的权限、范围、条件和程序。

第五条 设定和实施行政许可，应当遵循公开、公平、公正的原则。

有关行政许可的规定应当公布；未经公布的，不得作为实施行政许可的依据。行政许可的实施和结果，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外，应当公开。

符合法定条件、标准的，申请人有依法取得行政许可的平等权利，行政机关不得歧视。

第六条 实施行政许可，应当遵循便民的原则，提高办事效率，提供优质服务。

### 法条精解

1. 关于行政许可的使用范围，第2条和第3条给行政许可的内容作出了严格的界定，即指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予从事特定活动的行为。须注意的是，行政机关为确认民事财产权利和民事关系的等级，如产权登记、抵押登记和特定身份登记等不属于行政许可；行政机关对其内部事务的审批或者基于隶属关系由上级机关对下级机关有关事项的审批也不属于行政许可。

2. 行政机关为确认民事财产关系、民事身份关系而进行的登记不是行政许可，例如房地产登记、婚姻登记、抵押登记等。行政许可是准予从事特定活动的行为，它以法律上某种禁止的存在为前提。第3条第2款不适用行政许可的情形中，“事业单位”必须受其直接管理；涉及事项必须是人事、财务、外事等事项。

3. 第8条阐述了信赖利益保护原则，是近年来国家司法考试的特点，特容易考论述题、分析题。要结合本法第69条的规定深刻理解信赖利益保护原则：行政主体合法变更或撤回许可的，要给予受此影响的行政相对人合理补偿。因行政许可违法而变更，如果违法是行政机关一方的过错，行政相对人的合法权益因此而受伤害，行政机关应当依法给予合理赔偿；如果违法是行政相对人的过错，则其基于行政许可获得的权益不受法律保护。

### 真题示例

（2006-2-86）根据行政许可法的规定，下列关于行政许可的撤销、撤回、注销的哪些说法是正确的？

- A. 行政许可的撤销和撤回都涉及被许可人实体权利
- B. 规章的修改可以作为行政机关撤回已经生效的行政许可的理由
- C. 因行政机关工作人员滥用职权授予的行政许可被撤销的，行政机关应予赔偿
- D. 注销是行政许可被撤销和撤回后的法定程序

答案：ABD。

解析：《行政许可法》第8条、第69条都规定了这样的原则：已生效的行政许可变更、撤销、撤回，损害被许可人的合法权益的，被许可人可以获得补偿或赔偿，由此可以看出行政许可的撤销和撤回都涉及被许可人的实体权利，A正确，应选。根据《行政许可法》第8条规定，B正确，应选。根据《行政许可法》第69条规定，C中间缺少被许可人的合法权益受到损害的条件，即在行政机关和当事人都存在过错时，对于相对人非法获得的利益，不予保护。C错误，不选。根据《行政许可法》第70条规定，D正确，应选。

### 重点法条

第十二条 下列事项可以设定行政许可：

（一）直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项；

（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；







(三) 提供公共服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项；

(四) 直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项；

(五) 企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项；

(六) 法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。

### 【关联法条】

#### 《行政许可法》

第十三条 本法第十二条所列事项，通过下列方式能够予以规范的，可以不设行政许可：

(一) 公民、法人或者其他组织能够自主决定的；

(二) 市场竞争机制能够有效调节的；

(三) 行业组织或者中介机构能够自律管理的；

(四) 行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。

第二十一条 省、自治区、直辖市人民政府对行政法规设定的有关经济事务的行政许可，根据本行政区域经济社会发展情况，认为通过本法第十三条所列方式能够解决的，报国务院批准后，可以在本行政区域内停止实施该行政许可。

### 法条精解

以上规定是本法的最重要的内容，规定了可以设定行政许可的六类事项，应当认真理解并准确记忆。

1. 必须注意只有上述六类事项可以设立行政许可，其他事项不可以设定行政许可，且六类事项也只是可以设定行政许可，而不是必须设定行政许可。因为本法还规定如上述事项通过下列方式能够予以规范的，可以不设行政许可：公民、法人或者其他组织能够自主决定的；市场竞争机制能够有效调节的；行政组织或者中介机构能够自律管理的；行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。

2. 省级政府对行政法规设定的有关经济事务的行政许可，认为通过《行政许可法》第13条所列方式能够解决的，报国务院批准后可在本行政区域内停止实施行政许可。也就是说，省级政府对有关经济事务的行政许可有变通权。

### 重点法条

第十四条 本法第十二条所列事项，法律可以设定行政许可。尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可。

必要时，国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后，除临时性行政许可事项外，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律，或者自行制定行政法规。

第十五条 本法第十二条所列事项，尚未制定法律、行政法规的，地方性法规可以设定行政许可；尚未制定法律、行政法规和地方性法规的，因行政管理的需要，确需立即实施行政许可的，省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的，应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。

地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章，不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

### 【关联法条】

#### 《行政许可法》

第十六条 行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可；对行政许可条件作出的具体规定，不得增设违反上位法的其他条件。

第十七条 除本法第十四条、第十五条规定的外，其他规范性文件一律不得设定行政许可。

1. 关于设立行政许可的有权主体，应当注意以下要点：

(1) 法律、行政法规、地方性法规和省级政府规章都有权设立行政许可。但权限不同：一是设立权限是有先后顺序的；二是设立的范围是不同的。须注意的是行政许可法没有赋予国务院部门规章设定行政许可的权力。

(2) 设立权限的顺序：法律可以设定行政许可；尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可；尚未制定法律、行政法规的，地方性法规可以设定行政许可；尚未制定法律、行政法规和地方性法规的，因行政管理的需要，确需立即实施行政许可的，省级政府规章可以设定临时性的行政许可。注意对于省级政府规章，只有在特定条件下才可以设立临时性的行政许可。

2. 其他规范性法律文件可以对上位法规定的许可事项作出具体规定：行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

3. 设立的范围：地方性法规和省级政府规章在设定行政许可时是有范围限制的：

(1) 不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；

(2) 不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前五项行政许可；

(3) 不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

4. 临时性的行政许可在实施满1年后需要继续实施的，“应当”提请本级人大及其常务委员会制定地方性法规。

5. 第14条要结合其他条款对比准确记忆，行政许可的设定权限可以分为创设权和规定权。法律、国务院的行政法规和决定、地方性法规和省级政府规章可以创设行政许可；规章以上的规范性文件都具有行政许可的规定权。其他规范性文件一律不得设定行政许可。要把行政许可设定的法律规定与行政处罚设定的法律规定对比记忆，《行政处罚法》规定国务院对行政处罚设定权限有限制，而此处则没有类似限制。

6. 地方性规范性文件不得设定应当由全国统一确定的行政许可，省级政府规章只有临时性行政许可创设权。部门规章和较大的市的人民政府规章都无权设定行政许可。国务院决定和省级政府规章可以设定行政许可，但需要继续实施的，国务院决定应当转化由法律或行政法规设定，省级政府规章决定应当转化由省级地方性法规设定。

## 重点法条

第二十二条 行政许可由具有行政许可权的行政机关在其法定职权范围内实施。

第二十三条 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，在法定授权范围内，以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。

第二十四条 行政机关在其法定职权范围内，依照法律、法规、规章的规定，可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。

委托行政机关对受委托行政机关实施行政许可的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。

受委托行政机关在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政许可；不得再委托其他组织或者个人实施行政许可。

## 法条精解

关于实施行政许可的主体，注意：

1. 包括行政机关和法律法规授权组织，这些都是属于行政主体的，均可以自己的名义实施行政许可。

2. 行政机关的行政许可职权是可以委托的，委托行政机关对受委托行政机关实施行政许可的行为后果承担法律责任；但禁止再委托。

## 真题示例

(2004-2-75) 关于行政处罚和行政许可行为，下列哪些说法是不正确的？

A. 行政处罚和行政许可的设定机关均应定期对其设定的行政处罚和行政许可进行评价





- B. 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，可依授权行使行政处罚权和行政许可权
- C. 行政机关委托实施行政处罚和行政许可的组织应当是依法成立的管理公共事务的事业组织
- D. 行政机关依法举行听证的，应当根据听证笔录作出行政处罚决定和行政许可决定

答案：ACD。

解析：参见《行政许可法》第20条、第23条、第48条，《行政处罚法》第17条、第18条、第38条。

## 重点法条

第二十九条 公民、法人或者其他组织从事特定活动，依法需要取得行政许可的，应当向行政机关提出申请。申请书需要采用格式文本的，行政机关应当向申请人提供行政许可申请书格式文本。申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容。

申请人可以委托代理人提出行政许可申请。但是，依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外。

行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。

第三十条 行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。

申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的，行政机关应当说明、解释，提供准确、可靠的信息。

第三十一条 申请人申请行政许可，应当如实向行政机关提交有关材料和反映真实情况，并对其申请材料实质内容的真实性负责。行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料。

## 法条精解

1. 行政许可的申请方式很灵活：可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。
2. 行政许可有范本公示制度，即行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。
3. 行政许可申请人应当对申请材料的真实性负责，而行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料。

## 真题示例

(2005-2-88) 某公司准备在某市郊区建一座化工厂，向某市规划局、土地管理局、环境保护局和建设局等职能部门申请有关证照。下列哪些说法是正确的？

- A. 某公司应当对其申请材料实质内容的真实性负责
- B. 某市人民政府应当组织上述四个职能部门联合为某公司办理手续
- C. 拟建化工厂附近居民对核发该项目许可证照享有听证权利
- D. 如果某公司的申请符合条件，某市人民政府相关职能部门应在45个工作日内为其办结全部证照

答案：AC。

解析：根据《行政许可法》第31条的规定，选项A正确。根据《行政许可法》第26条第2款规定，市政府“可以”组织上述四个职能部门联合办理，也可以确定一个部门统一办理，还可以组织上述四个职能部门集中办理。选项B中的“应当”二字错误。建设化工厂直接涉及附近居民的重大利益，根据《行政许可法》第47条规定，选项C正确。根据《行政许可法》第42条第2款，行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的，办理的时间不得超过45日。题干中并未明确采取上述方式办理，而且第42条第2款规定的45日可以延长15日。据此，选项D错误。

## 重点法条

第三十二条 行政机关对申请人提出的行政许可申请，应当根据下列情况分别作出处理：

(一) 申请事项依法不需要取得行政许可的，应当即时告知申请人不受理；

(二) 申请事项依法不属于本行政机关职权范围的，应当即时作出不予受理的决定，并告知申请人向有关行政机关申请；

(三) 申请材料存在可以当场更正的错误的,应当允许申请人当场更正;

(四) 申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容,逾期不告知的,自收到申请材料之日起即为受理;

(五) 申请事项属于本行政机关职权范围,申请材料齐全、符合法定形式,或者申请人按照本行政机关的要求提交全部补正申请材料的,应当受理行政许可申请。

行政机关受理或者不予受理行政许可申请,应当出具加盖本行政机关专用印章和注明日期的书面凭证。

第三十三条 行政机关应当建立和完善有关制度,推行电子政务,在行政机关的网站上公布行政许可事项,方便申请人采取数据电文等方式提出行政许可申请;应当与其他行政机关共享有关行政许可信息,提高办事效率。

#### 【关联法条】

#### 《行政许可法》

第四十一条 法律、行政法规设定的行政许可,其适用范围没有地域限制的,申请人取得的行政许可在全国范围内有效。

第四十六条 法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证。

### 法条精解

1. 行政机关受理行政许可申请满足以下条件:①申请事项依法需要取得行政许可;②属于本行政机关管理权限;③申请材料齐全、符合法定形式。

2. 行政许可法要求行政机关推行电子政务,以此方便当事人。

### 真题示例

(2006-2-48) 关于行政许可程序,下列哪一选项是正确的?

A. 对依法不属于某行政机关职权范围内的行政许可申请,行政机关作出不予受理决定,应向当事人出具加盖该机关专用印章和注明日期的书面凭证

B. 行政许可听证均为依当事人申请的听证,行政机关不能主动进行听证

C. 行政机关作出的准予行政许可决定,除涉及国家秘密的,均应一律公开

D. 所有的行政许可适用范围均没有地域限制,在全国范围内有效

答案:A。

解析:根据《行政许可法》第32条规定,A正确。根据《行政许可法》第46条规定,B选项中行政机关不能主动听证是错误的。根据《行政许可法》第40条的规定,C将涉及商业秘密和个人隐私的情况排除,是错误的。根据《行政许可法》第41条规定,D错误。

### 重点法条

第三十四条 行政机关应当对申请人提交的申请材料进行审查。

申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式,行政机关能够当场作出决定的,应当当场作出书面的行政许可决定。

根据法定条件和程序,需要对申请材料的实质内容进行核实的,行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。

第三十六条 行政机关对行政许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。

第四十条 行政机关作出的准予行政许可决定,应当予以公开,公众有权查阅。

第四十一条 法律、行政法规设定的行政许可,其适用范围没有地域限制的,申请人取得的行政许可在全国范围内有效。

### 法条精解

1. 行政机关对申请的审查与决定,即要求书面的行政许可决定。而需要对申请材料的实质内容进行核







实的，行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。

2. 行政许可中利害关系人拥有知情权，即行政机关发现行政许可事项直接关系他人重大利益的，应当告知该利害关系人。且申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。

3. 行政机关作出的准予行政许可决定，应当予以公开，公众有权查阅。

## 重点法条

第四十二条 除可以当场作出行政许可决定的外，行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定。二十日内不能作出决定的，经本行政机关负责人批准，可以延长十日，并应当将延长期限的理由告知申请人。但是，法律、法规另有规定的，依照其的规定。

依照本法第二十六条的规定，行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的，办理的时间不得超过四十五日；四十五日内不能办结的，经本级人民政府负责人批准，可以延长十五日，并应当将延长期限的理由告知申请人。

第四十三条 依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可，下级行政机关应当自其受理行政许可申请之日起二十日内审查完毕。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。

### 【关联法条】

#### 《行政许可法》

第五十条 被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的，应当在该行政许可有效期届满三十日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请。但是，法律、法规、规章另有规定的，依照其规定。

行政机关应当根据被许可人的申请，在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定；逾期未作决定的，视为准予延续。

## 法条精解

上述法条是对作出行政许可决定相关期限的规定，有几个重要的数字需要尽量熟悉。

## 真题示例

(2004-2-40) 按照律师法规定，申请领取律师执业证书，司法行政机关应当自收到申请之日起 30 日内作出是否颁发的决定。按照行政许可法的规定，应当自受理行政许可申请之日起 20 日内作出行政许可决定。2004 年 7 月初，张某向省司法厅申请领取律师执业证书，司法厅的正确做法是：

- A. 应当适用律师法，在 30 日内作出是否颁发的决定
- B. 应当适用行政许可法，在 20 日内作出是否颁发的决定
- C. 可以选择适用律师法或者行政许可法关于期限的规定作出决定
- D. 因法律关于期限的规定不一致，报请全国人大常委会裁决后再作决定

答案：A。

解析：《行政许可法》第 42 条第 1 款规定，除可以当场作出行政许可决定的外，行政机关应当自受理行政许可申请之日起 20 日内作出行政许可决定。20 日内不能作出决定的，经本行政机关负责人批准，可以延长 10 日，并应当将延长期限的理由告知申请人。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。因此在《律师法》另有规定的情况下，依照《律师法》的规定。

## 重点法条

第四十八条 听证按照下列程序进行：

(一) 行政机关应当于举行听证的七日前将举行听证的时间、地点通知申请人、利害关系人，必要时予以公告；

(二) 听证应当公开举行；

(三) 行政机关应当指定审查该行政许可申请的工作人员以外的人员为听证主持人，申请人、利害关系人认为主持人与该行政许可事项有直接利害关系的，有权申请回避；

(四) 举行听证时，审查该行政许可申请的工作人员应当提供审查意见的证据、理由，申请人、利害关系人可以提出证据，并进行申辩和质证；

(五) 听证应当制作笔录, 听证笔录应当交听证参加人确认无误后签字或者盖章。

行政机关应当根据听证笔录, 作出行政许可决定。

### 【关联法条】

#### 《行政许可法》

第四十三条 听证结束后, 行政机关依照本法第三十八条的规定, 作出决定。

第四十六条 法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项, 或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项, 行政机关应当向社会公告, 并举行听证。

第四十七条 行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的, 行政机关在作出行政许可决定前, 应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利; 申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起五日内提出听证申请的, 行政机关应当在二十日内组织听证。

申请人、利害关系人不承担行政机关组织听证的费用。

#### 《行政处罚法》

第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前, 应当告知当事人有要求举行听证的权利; 当事人要求听证的, 行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织:

(一) 当事人要求听证的, 应当在行政机关告知后三日内提出;

(二) 行政机关应当在听证的七日前, 通知当事人举行听证的时间、地点;

(三) 除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外, 听证公开举行;

(四) 听证由行政机关指定的非本案调查人员主持; 当事人认为主持人与本案有直接利害关系的, 有权申请回避;

(五) 当事人可以亲自参加听证, 也可以委托一至二人代理;

(六) 举行听证时, 调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议; 当事人进行申辩和质证;

(七) 听证应当制作笔录; 笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。

当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的, 依照治安管理处罚条例有关规定执行。

### 法条精解

1. 行政许可的听证分为依职权的听证和依申请的听证两种, 依职权的听证又分为法定听证和行政机关认为需要听证的两种。

2. 行政许可的听证可分为依职权的听证和依申请的听证两种, 这一点不同于行政处罚的听证, 行政处罚的听证必须申请, 而且有严格的条件限制。注意行政许可与行政处罚两者的听证程序的区别。

3. 本条规定的听证程序, 在现实生活中我们可能留意过, 注意以下几点:

(1) 应当于举行听证的7日前进行必要的通知和公告。

(2) 听证应当公开举行; 应当制作笔录, 听证笔录是作出行政许可决定的依据。

(3) 对于法律、法规与规章规定应当听证的事项, 或行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项, 也就是依职权的听证应当向社会公告。

(4) 在对直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的事项作出行政许可决定前, 应当告知其享有要求听证的权利; 申请人、利害关系人如欲提出听证申请, 应在被告知之日起5日内提出, 行政机关应当在20日内组织听证。

(5) 申请人、利害关系人不承担听证的费用。

### 真题示例

(2009-2-90) 关于公告, 下列哪些选项是正确的?

A. 行政机关认为需要听证的涉及公共利益的重大许可事项应当向社会公告

B. 行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的, 申请人、利害关系人提出听证申请的, 行政机关应当予以公告

C. 行政机关在其法定权限范围内, 依据法律委托其他行政机关实施行政许可, 对受委托行政机关和受委托实施许可的内容应予以公告

D. 被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可, 行政机关予以撤销的, 应当向社会公告



答案：AC。

**解析：**本题考核行政许可中的公告制度。根据《行政许可法》第46条规定，A项正确。根据《行政许可法》第47条规定，B项错误。《行政许可法》第24条规定，C项正确。根据《行政许可法》第69条第2款的规定，被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，应当予以撤销，故D项错误，本条并没有关于公告的规定。

## 重点法条

**第五十条** 被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的，应当在该行政许可有效期届满三十日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请。但是，法律、法规、规章另有规定的，依照其规定。

行政机关应当根据被许可人的申请，在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定；逾期未作决定的，视为准予延续。

**第五十四条** 行政机关应当建立健全对行政处罚的监督制度。县级以上人民政府应当加强对行政处罚的监督检查。

公民、法人或者其他组织对行政机关作出的行政处罚，有权申诉或者检举；行政机关应当认真审查，发现行政处罚有错误的，应当主动改正。

**第五十七条** 有数量限制的行政许可，两个或者两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的，行政机关应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出准予行政许可的决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

## 法条精解

1. 行政许可的延续，需要行政相对人的申请，行政机关逾期未作决定的，视为准予延续。行政许可是应申请的行为，无论是取得许可，还是取得许可后的延续，都需要行政相对人的申请。

2. 第54条是有关特定资格授予方式的规定。国家司法考试、会计师资格考试都属于公民特定资格的考试，国家司法考试由司法部统一组织，会计师资格考试由会计师协会组织，要结合这两个典型例子来记忆它。组织公民特定资格考试不得组织强制性的资格考试的考前培训，不得指定教材或其他助考材料。

3. 第57条是关于数量限制的行政许可的授予规定。注意对于某些有数量限制的行政许可申请的处理规则：

(1) 依照法律和行政法规的规定。

(2) 法律和行政法规没有特别规定的，行政机关应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出准予行政许可的决定（即“先来后到”）。当然前提必须是申请人的申请均符合法定条件和标准。能够否定“先来后到”的只能是法律和行政法规的特别规定，其他文件不可以作出这样的否定规定。

## 真题示例

（2009-2-40）2001年原信息产业部制定的《电信业务经营许可证管理办法》（简称《办法》）规定“经营许可证有效期届满，需要继续经营的，应提前90日，向原发证机关提出续办经营许可证的申请。”2003年9月1日获得增值电信业务经营许可证（有效期为五年）的甲公司，于2008年拟向原发证机关某省通信管理局提出续办经营许可证的申请。下列哪一选项是正确的？

- A. 因《办法》为规章，所规定的延续许可证申请期限无效
- B. 因《办法》在《行政许可法》制定前颁布，所规定的延续许可证申请期限无效
- C. 如甲公司依法提出申请，某省通信管理局应在甲公司许可证有效期届满前作出是否准予延续的决定
- D. 如甲公司依法提出申请，某省通信管理局在60日内不予答复的，视为拒绝延续

答案：C。

**解析：**本题考核申请延续行政许可的程序。根据《行政许可法》第50条第1款的规定，A、B项说法错误。根据《行政许可法》第50条第2款的规定，C项说法正确，D项说法错误。

## 重点法条

**第五十八条** 行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查，不得收取任何费用。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。



行政机关提供行政许可申请书格式文本，不得收费。

行政机关实施行政许可所需经费应当列入本行政机关的预算，由本级财政予以保障，按照批准的预算予以核拨。

第六十四条 被许可人在作出行政许可决定的行政机关管辖区域外违法从事行政许可事项活动的，违法行为发生地的行政机关应当依法将被许可人的违法事实、处理结果抄告作出行政许可决定的行政机关。

#### 【关联法条】

##### 《行政处罚法》

第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。

### 法条精解

1. 第58条是关于实施行政许可不收费制度的规定。申请行政许可、申请行政复议都不需要缴纳费用，行政听证是公民的一项权利也不需要缴纳费用，我国《行政处罚法》第42条也明确规定，行政处罚过程中申请举行听证不需要缴纳费用。

2. 第64条是关于违法信息报告制度的规定，即违法行为发生地的行政机关应当依法将被许可人的违法事实、处理结果抄告作出行政许可决定的行政机关。

### 真题示例

（四川2008-2-39）个体户华某在某市A区取得经营许可证，在B区违法经营。下列哪一选项是正确的？

- A. B区行政机关应当在得到A区作出行政许可决定的行政机关委托后依法对华某的违法行为予以处理
- B. B区行政机关应当依法将案件移送A区作出行政许可决定的行政机关处理
- C. 此案应由A、B区有关行政机关共同处理
- D. B区行政机关应当依法将华某的违法事实和处理结果抄告A区作出行政许可决定的机关

答案：D。

解析：《行政许可法》第64条规定，被许可人在作出行政许可决定的行政机关管辖区域外违法从事行政许可事项活动的，违法行为发生地的行政机关应当依法将被许可人的违法事实、处理结果抄告作出行政许可决定的行政机关。因此，本题的正确答案是D。

### 重点法条

第六十九条 有下列情形之一的，作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关，根据利害关系人的请求或者依据职权，可以撤销行政许可：

- （一）行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的；
- （二）超越法定职权作出准予行政许可决定的；
- （三）违反法定程序作出准予行政许可决定的；
- （四）对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的；
- （五）依法可以撤销行政许可的其他情形。

被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，应当予以撤销。

依照前两款的规定撤销行政许可，可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销。

依照本条第一款的规定撤销行政许可，被许可人的合法权益受到损害的，行政机关应当依法给予赔偿。

依照本条第二款的规定撤销行政许可的，被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。

#### 【关联法条】

##### 《行政许可法》

第七十条 有下列情形之一的，行政机关应当依法办理有关行政许可的注销手续：

- （一）行政许可有效期届满未延续的；
- （二）赋予公民特定资格的行政许可，该公民死亡或者丧失行为能力的；
- （三）法人或者其他组织依法终止的；





- (四) 行政许可依法被撤销、撤回，或者行政许可证件依法被吊销的；
- (五) 因不可抗力导致行政许可事项无法实施的；
- (六) 法律、法规规定的应当注销行政许可的其他情形。

## 法条精解

1. 可以撤销的情形都是行政机关或其工作人员违法实施行政许可的情形；应当予以撤销的情形仅限于许可违法；不予撤销存在于撤销会造成重大损害的情形。

2. 《行政许可法》第 69 条是关于撤销许可的情形，而第 70 条是关于注销许可的情形。两者都需要准确记忆。

## 真题示例

1. (2009-2-41) 经甲公司申请，市建设局给其颁发建设工程规划许可证。后该局在复核中发现甲公司在申请时报送的企业法人营业执照已经超过有效期，遂依据《行政许可法》规定，撤销该公司的规划许可证，并予以注销。甲公司不服，向法院提起诉讼。市建设局撤销甲公司规划许可证的行为属于下列哪一类别？

- A. 行政处罚
- B. 行政强制措施
- C. 行政行为的撤销
- D. 行政检查

答案：C。

解析：本题考核行政行为的判断。根据《行政许可法》第 69 条规定，本题甲公司在申请行政许可时报送的企业法人营业执照已经超过有效期，属于上述规定第 4 种情形，市建设局依据职权，可以撤销该行政许可，行政许可是具体行政行为，故这种行为属于行政行为的撤销。故 C 项说法正确。

2. (2007-2-81) 刘某参加考试并取得《医师资格证书》。后市卫生局查明刘某在报名时提供的系虚假材料，于是向刘某送达《行政许可证件撤销告知书》。刘某提出听证申请，被拒绝。市卫生局随后撤销了刘某的《医师资格证书》。下列哪些选项是正确的？

- A. 市卫生局有权撤销《医师资格证书》
- B. 撤销《医师资格证书》的行为应当履行听证程序
- C. 市政府有权撤销《医师资格证书》
- D. 市卫生局撤销《医师资格证书》后，应依照法定程序将其注销

答案：ACD。

解析：根据《行政许可法》第 69 条的规定，刘某提供虚假报名材料报名参加考试的行为，属于不具备申请资格或者不符合法定条件，所以作出行政许可决定的机关——市卫生局有权撤销其《医师资格证书》，另外，该条规定作出行政许可决定的行政机关的上级行政机关也有权撤销刘某的《医师资格证书》。本案中市卫生局的上级行政机关是市政府，所以市政府也有权撤销《医师资格证书》。此外，符合《行政许可法》第 69 条第 1 款规定的情形，行政机关可以依职权撤销行政许可，而不需要履行听证程序，所以 AC 是正确的，B 是错误的。根据《行政许可法》第 70 条第 4 项的规定，刘某的《医师资格证书》在被卫生局撤销后应依法注销。所以 D 是正确的。所以本题的正确选项是 ACD。

3. (2008-2-87) 对下列哪些情形，行政机关应当办理行政许可的注销手续？

- A. 张某取得律师执业证书后，发生交通事故成为植物人
- B. 田某违法经营的网吧被吊销许可证
- C. 李某依法向国土资源管理部门申请延续采矿许可，国土资源管理部门在规定期限内未予答复
- D. 刘某通过行贿取得行政许可证后，被行政机关发现并撤销其许可

答案：ABD。

解析：根据《行政许可法》第 70 条的规定，选项 A 属于第 2 项的情况，因此应选。选项 B 属于第 4 项行政许可证件依法被吊销的情况，因此应选。选项 C 中，行政机关没有在规定期限内予以答复，属于视为准许延续的情况，因此，不属于行政许可有效期届满未延续的情况，不属于行政机关应当办理行政许可注销手续的情况，不选。选项 D 属于第 4 项行政许可依法被撤销的情况，因此应选。本题的正确答案是 ABD。

## 重点法条

第七十二条 行政机关及其工作人员违反本法的规定，有下列情形之一的，由其上级行政机关或者监



察机关责令改正；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：

- (一) 对符合法定条件的行政许可申请不予受理的；
- (二) 不在办公场所公示依法应当公示的材料的；
- (三) 在受理、审查、决定行政许可过程中，未向申请人、利害关系人履行法定告知义务的；
- (四) 申请人提交的申请材料不齐全、不符合法定形式，不一次告知申请人必须补正的全部内容的；
- (五) 未依法说明不受理行政许可申请或者不予行政许可的理由的；
- (六) 依法应当举行听证而不举行听证的。

第七十五条 行政机关实施行政许可，擅自收费或者不按照法定项目和标准收费的，由其上级行政机关或者监察机关责令退还非法收取的费用；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。

截留、挪用、私分或者变相私分实施行政许可依法收取的费用的，予以追缴；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### 法条精解

1. 第72条是对行政机关及其工作人员失职处理的规定，要准确记忆应受处罚的情形。

2. 第75条是关于行政机关违规收费及私分费用的处理性规定，擅自收费或者不按照法定项目和标准收费，或者截留、挪用、私分或者变相私分实施行政许可依法收取的费用的都应当受追究责任。

### 真题示例

(2005-2-86) 根据行政许可法的规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 某区动植物检验局未按照法定标准收取许可费用，应当对其直接责任人以行政处分
- B. 医生李某死亡，卫生行政主管部门应当依法注销其医师资格
- C. 某省公安厅对某高校教师出国护照的审批不适用行政许可法
- D. 某企业通过贿赂手段取得的烟花爆竹生产许可证被撤销后，在一年之内不得再申请该项许可

答案：AB。

解析：根据《行政许可法》第75条的规定，选项A正确；根据该法第70条第2项的规定，选项B正确。高校属于事业单位，直接管理它的是教育行政部门，并非公安机关直接管理的事业单位，因此选项C不属于《行政许可法》第3条第2款规定的情形，选项C的情形仍应当适用行政许可法，选项C错误。在选项D，该企业已经通过贿赂手段取得烟花爆竹生产许可证，而该许可属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项，根据《行政许可法》第79条，选项D错误。

### 重点法条

第七十六条 行政机关违法实施行政许可，给当事人的合法权益造成损害的，应当依照国家赔偿法的规定给予赔偿。

第七十七条 行政机关不依法履行监督职责或者监督不力，造成严重后果的，由其上级行政机关或者监察机关责令改正，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七十八条 行政许可申请人隐瞒有关情况或者提供虚假材料申请行政许可的，行政机关不予受理或者不予行政许可，并给予警告；行政许可申请属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的，申请人在一年内不得再次申请该行政许可。

第七十九条 被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，行政机关应当依法给予行政处罚；取得的行政许可属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的，申请人在3年内不得再次申请该行政许可；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### 法条精解

1. 行政许可中如果行政机关违法实施行政许可，只要当事人的合法权益受到损害，行政机关就应当给予赔偿。

2. 行政机关如果监督失职，那么相关直接负责的主管人员和其他直接责任人员应受到行政处分，甚至追究刑事责任。



3. 行政许可申请人欺诈申请行政许可直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的,申请人在一年内不得再次申请该行政许可。

4. 第 79 条的规定,是指行政许可申请人因欺诈取得行政许可直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的,申请人在 3 年内不得再次申请该行政许可。

### 真题示例

(2004-2-96) 甲厂经某市采砂许可证的法定发放机关地质矿产局批准取得了为期 5 年的采砂许可证,并经某区水电局等部门批准,在区江河管理站划定的区域内采砂。后因缴纳管理费问题与水电局发生纠纷。随后,该水电局越权向乙厂颁发了采砂许可证,准予乙厂在甲厂已被划定的区域内采砂。下列说法正确的是:

- A. 根据甲厂的申请,某市地质矿产局可以撤销水电局发给乙厂的采砂许可证
- B. 水电局应当撤销给乙厂发放的采砂许可证
- C. 若乙厂的采砂许可证被撤销,发放许可证的水电局应承担乙厂相应的经济损失
- D. 甲厂可以要求水电局赔偿因向乙厂颁发许可证给自己造成的经济损失

答案: ABCD。

解析: 根据《行政许可法》第 7 条规定,应选 C 选项。根据《行政许可法》第 22 条、第 69 条规定,应选 A 选项。根据《行政许可法》第 76 条规定,行政机关违法实施行政许可,给当事人的合法权益造成损害的,应当依照国家赔偿法的规定给予赔偿,应选 B、D 选项。

## 《国家赔偿法》

### 重点法条

第二条 国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。

国家赔偿由本法规定的赔偿义务机关履行赔偿义务。

第十四条 赔偿义务机关赔偿损失后,应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。

对有故意或者重大过失的责任人员,有关机关应当依法给予行政处分;构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。

第二十四条 赔偿义务机关赔偿损失后,应当向有下列情形之一的工作人员追偿部分或者全部赔偿费用:

- (一) 有本法第十五条第(四)、(五)项规定情形的;
- (二) 在处理案件中有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。

对有前款(一)、(二)项规定情形的责任人员,有关机关应当依法给予行政处分;构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。

#### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第一百二十一条 国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任。

### 法条精解

对国家赔偿责任的归责原则,《民法通则》第 121 条规定了无过错原则,本法第 2 条采用了违法原则。所谓违法原则,指国家机关及其工作人员在执行职务中,违反法律造成他人权益损害的,国家承担赔偿责任,即以行为违法为归责原则,而不论行为人主观上有无过错。

依上述两条的规定,我国国家赔偿责任的构成要件有四个:

#### 1. 侵权行为主体要件

侵权行为主体要件是构成国家赔偿责任的必要条件,即国家只对一定范围内的主体的侵权行为承担赔偿责任。国家赔偿法共规定了三类主体(第 2 条和第 7 条):



(1) 国家机关。此处仅指三类国家机关：①国家行政机关；②国家审判机关；③国家检察机关。

(2) 国家机关工作人员。

(3) 被法律、法规授权的组织。

#### 2. 侵权行为要件

这一要件包含了两项内容：①致害行为必须是执行职务的行为；②该执行职务的行为必须违法。此处的违法应作广义理解，不仅指违反了严格意义上的法律，还包括法律的一般原则。如警察拖走违例停放车辆过程中将被拖的车辆损坏，海关在出入境检查时造成被检查物品的损坏，都构成了职务侵权行为。

#### 3. 损害结果要件

国家机关及其工作人员的违法执行职务行为必须现实地、确定地给他人造成了利益损害。

#### 4. 因果关系要件

即可引起国家赔偿的损害结果与侵权行为存在着因果关系。

只有以上四个要件同时具备，国家才承担责任。

5. 第14条、第24条分别规定了行政赔偿和刑事赔偿中，国家机关承担了赔偿义务后，有权向其工作人员行使追偿权。

6. 国家对受害人承担赔偿责任时采违法原则、无过错原则，但国家向其工作人员行使追偿权时只能向有故意、重大过失的工作人员（第14条）或向故意违法的工作人员（第24条）行使追偿权。

特别注意第14条第1款被追偿人还包括受委托的组织和个人，以及第24条第1款的第1项和第2项规定的几种情形。

### 真题示例

1. (2003-2-29) 两刑警在追击某犯罪嫌疑人的过程中，租了一辆出租车。出租车不幸被犯罪嫌疑人炸毁，司机被炸伤，犯罪嫌疑人被刑警击毙。该司机正确的救济途径是下列哪一项？

A. 请求两刑警给予民事赔偿

B. 请求两刑警所在的公安局给予国家赔偿

C. 请求两刑警所在的公安局给予国家补偿

D. 要求犯罪嫌疑人的家属给予民事赔偿

答案：C。

解析：根据《国家赔偿法》第2条第1款的规定，可知，A项是错误的。两个刑警为追捕犯罪嫌疑人而租用出租车的行为是职务行为，而非个人给予民事赔偿。B项也是错误的，两个刑警为追击犯罪嫌疑人而租用出租车的行为是合法的职务行为，出租车的炸毁和司机受伤的损害后果是由犯罪嫌疑人的犯罪行为导致，而非刑警非法行使职务造成。刑警这样的合法行为不能请求国家赔偿。C项是正确的，该司机可以请求刑警所在的公安局给予国家补偿。D项错误。犯罪嫌疑人炸毁出租车的行为可以导致犯罪嫌疑人的民事赔偿责任，不能由犯罪嫌疑人的家属承担民事责任，只能用犯罪嫌疑人自己的财产进行民事赔偿。

2. (2007-2-89) 李某租用一商店经营服装。某区公安分局公安人员驾驶警车追捕时，为躲闪其他车辆，不慎将李某服装厅的橱窗玻璃及模特衣物撞坏。事后，公安分局与李某协商赔偿不成，李某请求国家赔偿。下列哪些选项是错误的？

A. 公安分局应作为赔偿义务机关，因为李某曾与其协商赔偿

B. 公安分局不应作为赔偿义务机关，因该公安人员行为属于与行使职权无关的个人行为

C. 公安分局不应作为赔偿义务机关，因为该公安人员的行为不是违法行使职权，应按行政补偿解决

D. 公安分局应作为赔偿义务机关，因为该公安人员的行为属于与行使职权有关的行为

答案：ABD。

解析：《国家赔偿法》中明确规定国家赔偿不能与当事人协商确定。所以A是错误的。本案中，公安人员是在执行追捕任务的时候造成李某的损失，公安人员的追捕行为是职务行为，并非个人行为，所以B是错误的。行政机关行使职权的合法行为引起的损害应适用行政补偿，而不适用国家赔偿，所以C是正确的。获得国家赔偿的条件是国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害，强调的是违法行使职权，本案中公安人员是合法行使职权，根本就不属于国家赔偿的情形，就更谈不上赔偿义务机关了，所以D是错误的。综上，本题的正确选项是ABD。

### 重点法条

第三条 行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿







的权利：

- (一) 违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；
- (二) 非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；
- (三) 以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；
- (四) 违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的；
- (五) 造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。

第四条 行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

- (一) 违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；
- (二) 违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；
- (三) 违反国家规定征收财物、摊派费用的；
- (四) 造成财产损害的其他违法行为。

第五条 属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

- (一) 行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为；
- (二) 因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的；
- (三) 法律规定的其他情形。

### 【关联法条】

#### 《行赔规定》

第六条 赔偿法第二十六条关于“侵犯公民人身自由的，每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算”中规定的上年度，应为赔偿义务机关、复议机关或者人民法院赔偿委员会作出赔偿决定时的上年度；复议机关或者人民法院赔偿委员会决定维持原赔偿决定的，按作出原赔偿决定时的上年度执行。

国家上年度职工日平均工资数额，应当以职工年平均工资除以全年法定工作日数的方法计算。年平均工资以国家统计局公布的数字为准。

### 法条精解

以上三个法条是关于行政赔偿范围的规定，为司法考试重点，应熟练掌握第3条、第4条所列的9种情形，特别注意：

1. 第3条第1项的“拘留”仅指行政拘留。
2. 第5条第3项的“法律规定的其他情形”主要指《行赔规定》第6条所列的三种情形：外交行为、国防行为、抽象行政行为。

### 真题示例

1. (四川 2008-2-41) 某县人口与计划生育局认定段某非法为他人施行计划生育手术，以办“学习班”名义将段某关押5日。之后，该局以涉嫌非法进行节育手术罪将段某移交某县公安局处理，段某被刑事拘留15日。段某被释放后，请求国家赔偿。下列哪一选项是正确的？

- A. 某县人口与计划生育局和某县公安局为共同赔偿义务机关
- B. 对段某关押5日的每日赔偿金应按照国家上年度职工日平均工资计算
- C. 对段某刑事拘留属错误拘留，应为段某消除影响和给予精神损害抚慰金
- D. 就段某对某县人口与计划生育局和某县公安局提出的赔偿请求，应适用行政赔偿程序立案受理

答案：B。

解析：某县人口与计划生育局对段某关押5日的行为属于行政赔偿程序的范畴，而县公安局对段某作出的刑事拘留15日的行为属于司法赔偿的范畴，它们属于不同的赔偿程序，因此，某县人口与计划生育局和某县公安局不能作为共同赔偿义务机关，也不能共同适用同一个行政赔偿程序进行立案。因此，AD项说法错误。根据《国家赔偿法》第26条，B项说法正确。根据《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》第13条，D项说法错误。综上，本题的正确答案是B。

2. (2007-2-83) 罗某受到朱某的人身威胁，向公安机关报案，公安机关未采取任何措施。三天后，罗某了解到朱某因涉嫌抢劫被刑事拘留。罗某以公安机关不履行法定职责为由向法院提起行政诉讼，同时提出行政赔偿请求，要求赔偿精神损失。法院经审理认为，公安机关确未履行法定职责。下列哪些选项是

正确的？

- A. 因朱某已被刑事拘留，法院应当判决驳回罗某起诉
- B. 法院应当判决确认公安机关不履行工作职责行为违法
- C. 法院应当判决公安机关赔偿罗某的精神损失
- D. 法院应当判决驳回罗某的行政赔偿请求

答案：BD。

解析：公安机关接到罗某的报案后，并没有采取相应的措施，这已经表明公安机关并没有履行其职责，尽管加害人朱某已经被刑事拘留，但仍不能免除公安机关的责任。所以 A 是错误的。根据《若干解释》第 57 条、《国家赔偿法》第 3 条和第 4 条，BD 正确，C 项错误。

### 重点法条

第四条 行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

- (一) 违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；
- (二) 违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；
- (三) 违反国家规定征收财物、摊派费用的；
- (四) 造成财产损害的其他违法行为。

#### 【关联法条】

#### 《行赔规定》

第一条 《中华人民共和国国家赔偿法》第三条、第四条规定的其他违法行为，包括具体行政行为与行政机关及其工作人员行使行政职权有关的，给公民、法人或者其他组织造成损害的，违反行政职责的行为。

### 法条精解

1. 关键记忆该条第一项，其记忆技巧如下：罚款没收财产罚，吊销停产行为罚；
2. 该条第 2 项的主要表现如下：行政机关无强制权，不符合法定行政强制程序，疏于对财产妥善保管的义务，强制措施的对象错误，违反行政强制措施的期限的规定；
3. 该条第 3 项的主要表现如下：行政机关无强制权，征收无法律上的依据，征收程序不合法，无法律、法规规定的征收事项和征收数额而实施征收。

### 真题示例

(2008-2-86) 张某是持有合法运输矿石手续的个体户，一日经过某矿务局检查站时被认定所运货物与其所持手续不符，汽车与矿石被押。某矿务局决定没收全部矿石，罚款 500 元。张某缴纳罚款后，检查站迟迟未归还张某车辆，汽车遭到损坏。某矿务局的行为后被法院确认违法，张某提出国家赔偿。关于赔偿范围和方式，下列哪些说法是正确的？

- A. 返还没收的矿石
- B. 返还 500 元罚款
- C. 赔偿张某汽车被扣押期间的营业收入
- D. 修理被损坏的汽车

答案：ABD。

解析：《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》第 11 条。

### 重点法条

第六条 受害的公民、法人和其他组织有权要求赔偿。

受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。

受害的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织有权要求赔偿。

#### 【关联法条】

#### 《国家赔偿法》

第十八条 赔偿请求人的确定依照本法第六条的规定。

《最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定（试行）》

第十四条 确认申请人对人民法院受理确认申请后，超过审理期限未作出裁决的，可以在期满后三十





日内向上一级人民法院提出书面申诉。

上一级人民法院应当在收到确认申诉书之日起三个月内指令下级人民法院限期作出裁定或者自行审理。自行审理需要延长期限的，报请本院院长批准可以延期三个月。

第十五条 上级人民法院审理确认案件举行听证的，下级人民法院应当参加听证。

确认申请人无正当理由不参加听证的，视为撤回确认申请。

第十六条 原作出司法行为的人民法院有义务对其行为的合法性作出说明。

## 法条精解

本条及相关法条为司法考试热点兼难点，应予准确理解。

1. 依《国家赔偿法》第18条，刑事赔偿与行政赔偿请求人范围相同。

2. 在行政赔偿中，行政赔偿请求人并不称为行政赔偿的原告，因为行政赔偿通常分为两个阶段，即行政先行处理阶段和赔偿诉讼阶段。在前一阶段不能称作原告；后一阶段，行政赔偿请求人则与行政赔偿诉讼原告重合。

3. 行政赔偿请求人必须具备以下两个资格：

(1) 只能是行政法律关系中的相对人，而不能是行政主体。应当区别的是，当行政机关不是以行政主体身份出现在行政法律关系中，而是以行政相对人出现时，其合法权益受到损害的，即可以是行政赔偿请求人。如某市税务局被公安局违法罚款的，税务局就可作为行政赔偿请求人。

(2) 必须是自己的合法权益受到违法行使行政职权的行政机关及其工作人员的侵害并造成实际损害的人，具体来讲：①受到侵害的权益须是合法的权益；②受到侵害的权益须是自己的合法权益；③已经受到了实际的损害；④实际损害与违法执行职务行为有因果关系。

4. 注意第6条第2款、第3款关于行政赔偿请求人资格移转的规定。《行赔规定》第16条对第3款作了进一步的完善：在企业法人或其他组织被行政机关撤销等情形下，原企业法人或组织，以及对其享有权利的法人或其他组织均有原告资格。

5. 了解《行赔规定》第14条的行政赔偿诉讼第三人问题。

6. 依第6条第2款及《行赔规定》第15条，受害的公民死亡之后，有权要求赔偿的共有三类人：①继承人；②其他有抚养关系的亲属；③死者生前抚养的无劳动能力的人。

值得注意的是：“其他有抚养关系的亲属”中的亲属不是“近亲属”，前者之外延比后者大得多。

## 真题示例

(四川2008-4-6)案情：2006年10月11日晚，王某酒后在某酒店酗酒闹事，砸碎店里玻璃数块。此时某区公安分局太平派出所民警任某、赵某执勤路过酒店，任某等人欲将王某带回派出所处理，王某不从，与任某发生推搡。双方在扭推过程中，王某被推倒，头撞在水泥地上，当时失去知觉，送往医院途中死亡，后被鉴定为颅内出血死亡。2006年12月20日，王某之父申请国家赔偿。

问题：

1. 公安机关是否应当对王某的死亡承担国家赔偿责任？为什么？
2. 王某的父亲是否有权以自己的名义提出国家赔偿请求？
3. 本案请求国家赔偿的时效如何计算？
4. 本案国家赔偿义务机关是谁？
5. 若本案公安机关需承担赔偿责任，赔偿方式和标准是什么？
6. 如果公安机关对受害人赔偿后，对民警如何处理？
7. 若王某的父亲获得国家赔偿，他能否再要求民警任某承担刑事附带民事责任？

答案：

1. 公安机关应当对王某的死亡承担国家赔偿责任。因为公安民警在执行职务过程中与王某发生推搡致王某摔倒死亡，未尽到合理注意义务，其行为构成违法，王某虽也有过错，但不能免除国家赔偿责任，符合国家赔偿责任构成要件，国家应当承担赔偿责任。

2. 王某的父亲有权以自己名义提出国家赔偿请求。因为国家赔偿法规定：受害的公民死亡，其继承人和其他有抚养关系的亲属有权要求赔偿。

3. 本案请求国家赔偿的时效应当自民警执行职务的行为被依法确认为违法之日起两年。

4. 本案的国家赔偿义务机关是某区公安分局。

5. 若公安机关承担国家赔偿，赔偿方式为支付被害人死亡赔偿金和丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的20倍；对死者生前抚养的无劳动能力的人还应当支付生活费，标准参照当地民政部门有关生活救济规定办理，被抚养人是未成年人的，支付到18周岁为止，其他无劳动能力的人支付到死亡时止。

6. 如果公安机关对受害人赔偿后，若认为民警犯有重大过失，可以责令该民警承担部分或全部赔偿费用。

7. 王某的父亲不能再要求民警任某承担刑事附带民事责任。

## 重点法条

**第七条** 行政机关及其工作人员行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关。

两个以上行政机关共同行使行政职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，共同行使行政职权的行政机关为共同赔偿义务机关。

法律、法规授权的组织在行使授予的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，被授权的组织为赔偿义务机关。

受行政机关委托的组织或者个人在行使受委托的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，委托的行政机关为赔偿义务机关。

赔偿义务机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；没有继续行使其职权的行政机关的，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。

**第八条** 经复议机关复议的，最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关，但复议机关的复议决定加重损害的，复议机关对加重的部分履行赔偿义务。

### 【关联法条】

#### 《行赔规定》

**第十七条** 两个以上行政机关共同侵权，赔偿请求人对其中一个或者数个侵权机关提起行政赔偿诉讼，若诉讼请求系可分之诉，被诉的一个或者数个侵权机关为被告；若诉讼请求系不可分之诉，由人民法院依法追加其他侵权机关为共同被告。

**第十八条** 复议机关的复议决定加重损害的，赔偿请求人只对作出原决定的行政机关提起行政赔偿诉讼，作出原决定的行政机关为被告；赔偿请求人只对复议机关提起行政赔偿诉讼的，复议机关为被告。

**第十九条** 行政机关依据行政诉讼法第六十六条的规定申请人民法院强制执行具体行政行为，由于据以强制执行的根据错误而发生行政赔偿诉讼的，申请强制执行的行政机关为被告。

## 法条精解

同第6条相比，第7条和第8条更是司法考试重点。

1. 识记第7条所列确定赔偿义务机关的5种情形。

2. 注意《行赔规定》第17条将第7条第2款共同赔偿义务机关又区分为不可分之诉与可分之诉两种情况。

3. 重点掌握第8条，《行赔规定》第18条又作了进一步规定。综合起来，可分以下几层意思：

(1) 经复议的，仍由最初造成侵权的机关作赔偿义务机关；

(2) 复议决定加重损害的，复议机关仅就加重部分作赔偿义务机关。此种情形下，行政赔偿诉讼的被告充任又分两种情形：①赔偿请求人只起诉原行政机关的，原机关为被告；②赔偿请求人只起诉复议机关的，复议机关为被告。

4. 注意《行赔规定》第19条的规定：行政机关申请法院强制执行具体行政行为（而非行政诉讼裁决），由于据以执行的根据错误而发生行政赔偿诉讼的，由申请的行政机关为被告，法院并不负赔偿责任。

## 真题示例

1. (2004-2-73) 2002年4月2日，某银行与某公司签订贷款合同，约定银行贷款给公司，公司以土地使用权为抵押。2002年6月1日，公司办理土地使用权抵押登记手续，并取得土地管理局签发的抵押证书。后因公司未依约还款，某银行提起诉讼。2003年2月4日，法院作出民事判决，认定土地管理局在办





理抵押证书时某公司并未取得土地使用权，该项抵押无效，判定银行无权主张土地使用权。关于本案，下列哪些说法是正确的？

- A. 办理抵押登记的土地管理局应对银行损失承担赔偿责任
- B. 法院的民事判决可以作为确认抵押登记行为无效的依据
- C. 银行须在 2005 年 2 月 4 日之前行使赔偿请求权
- D. 银行在向土地管理局请求赔偿之前，应当先确认抵押登记行为违法

答案：AD。

解析：《国家赔偿法》第 4 条、第 7 条。

2. (2006-2-88) 经张某申请并缴纳了相应费用后，某县土地局和某乡政府将一土地（实为已被征用的土地）批准同意由张某建房。某县土地局和某乡政府还向张某发放了建设用地规划许可证和建设工程许可证。后市规划局认定张某建房违法，责令立即停工。张某不听，继续施工。市规划局申请法院将张某所建房屋拆除，张某要求赔偿。下列哪些说法是正确的？

- A. 某县土地局、某乡政府和市规划局为共同赔偿义务机关
- B. 某县土地局和某乡政府向张某发放规划许可证和建设工程许可证的行为系超越职权的行为
- C. 市规划局有权撤销张某的规划许可证
- D. 对张某继续施工造成的损失，国家不承担赔偿责任

答案：BCD。

解析：国家赔偿的归责原则是违法原则，只有具体行政行为违法才承担赔偿责任。市规划局的行为不具有违法性，因此不承担赔偿责任。A 说法错误，不选。发放规划许可证和建设工程许可证属规划局的职权范围，县土地局和乡政府属于越权行为，正确，应选，同理，C 应选。在规划局通知张某停工后张某仍继续施工，由此产生的扩大损失，国家不承担赔偿责任，D 正确，应选。

## 重点法条

第九条 赔偿义务机关对依法确认有本法第三条、第四条规定的情形之一的，应当给予赔偿。

赔偿请求人要求赔偿应当先向赔偿义务机关提出，也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出。

第十条 赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿。

第十三条 赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内依照本法第四章的规定给予赔偿；逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期间届满之日起三个月内向人民法院提起诉讼。

### 【关联法条】

#### 《行赔规定》

第三条 赔偿请求人认为行政机关及其工作人员实施了国家赔偿法第三条第（三）、（四）、（五）项和第四条第（四）项规定的非具体行政行为的行为侵犯其人身权、财产权并造成损失，赔偿义务机关拒不确认致害行为违法，赔偿请求人可直接向人民法院提起行政赔偿诉讼。

第四条 公民、法人或者其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，人民法院应一并受理。

赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼，须以赔偿义务机关先行处理为前提。赔偿请求人对赔偿义务机关确定的赔偿数额有异议或者赔偿义务机关逾期不予赔偿，赔偿请求人有权向人民法院提起行政赔偿诉讼。

第五条 法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为，被作出最终裁决的行政机关确认违法，赔偿请求人以赔偿义务机关应当赔偿而不予赔偿或逾期不予赔偿或者对赔偿数额有异议提起行政赔偿诉讼，人民法院应依法受理。

第八条 赔偿请求人提起行政赔偿诉讼的请求涉及不动产的，由不动产所在地的人民法院管辖。

第九条 单独提起的行政赔偿诉讼案件由被告住所地的基层人民法院管辖。

中级人民法院管辖下列第一审行政赔偿案件：

- (1) 被告为海关、专利管理机关的；
- (2) 被告为国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府的；
- (3) 本辖区内其他重大影响和复杂的行政赔偿案件。



高级人民法院管辖本辖区内有重大影响和复杂的第一审行政赔偿案件。

最高人民法院管辖全国范围内有重大影响和复杂的第一审行政赔偿案件。

**第十条** 赔偿请求人因同一事实对两个以上行政机关提起行政诉讼的，可以向其中任何一个行政机关住所地的人民法院提起。赔偿请求人向两个以上有管辖权的人民法院提起行政赔偿诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

**第十一条** 公民对限制人身自由的行政强制措施不服，或者对行政赔偿机关基于同一事实对同一当事人作出限制人身自由和对财产采取强制措施的具体行政行为不服，在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，由受理该行政案件的人民法院管辖；单独提起行政赔偿诉讼的，由被告住所地或原告住所地或不动产所在地的人民法院管辖。

**第二十二条** 赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼，可以在向赔偿义务机关递交赔偿申请后的两个月届满之日起三个月内提出。

**第二十三条** 公民、法人或者其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，其起诉期限按照行政诉讼起诉期限的规定执行。

行政案件的原告可以在提起行政诉讼后至人民法院一审庭审结束前，提出行政赔偿请求。

**第二十六条** 当事人先后被采取限制人身自由的行政强制措施和刑事拘留等强制措施，因强制措施被确认为违法而请求赔偿的，人民法院按其行为性质分别适用行政赔偿程序和刑事赔偿程序立案受理。

**第二十八条** 当事人在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求，或者因具体行政行为与行使行政职权有关的其他行为侵权造成损害一并提出行政赔偿请求的，人民法院应当分别立案，根据具体情况可以合并审理，也可以单独审理。

**第三十条** 人民法院审理行政赔偿案件在坚持合法、自愿的前提下，可以就赔偿范围、赔偿方式和赔偿数额进行调解。调解成立的，应当制作行政赔偿调整书。

**第三十六条** 发生法律效力的行政赔偿判决、裁定或调解协议，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向第一审人民法院申请执行。

申请执行的期限，申请人是公民的为一年，申请人是法人或者其他组织的为六个月。

## 法条精解

1. 行政赔偿程序可分为两种情形：

(1) 单独提起赔偿请求的，应先向赔偿义务机关提出。这就是赔偿义务机关先行处理原则，但若发生《国家赔偿法》第13条（《行赔规定》第4条）或《行赔规定》第3条以及第5条等情形，请求人即可在法定期间内直接向法院起诉。

(2) 也可以在申请行政复议或提起诉讼时一并提出。此时法院可以合并审理，也可以单独审理（《行赔规定》第28条）。

2. 掌握《行赔规定》第8~11条关于行政赔偿案件地域、级别管辖的规定：

(1) 涉及不动产的，由不动产所在地人民法院专属管辖。

(2) 单独提起的，由被告住所地基层法院管辖。

(3) 务必掌握中级法院管辖的三类案件。

(4) 两个法院都有管辖权的，由最先收到起诉状的法院管辖。

(5) 注意第11条规定的情形下，单独提起赔偿诉讼的，三个法院均可管辖。

3. 重点注意《行赔规定》第36条关于申请强制执行期间的规定（1年与6个月的区别）。

4. 注意共同赔偿义务机关中任一机关有应请求人的要求，先予赔偿的义务。

5. 行政赔偿案件与单纯行政诉讼案件中，中级人民法院管辖的案件范围是不同的。

## 真题示例

（2005-2-87）甲县人民政府在强行拆除乙厂未经批准建造的房屋时，未及时通知乙厂，也未制作物品清单，房屋内的物品被毁损。该强制拆除行为后因违反法定程序被法院判决确认违法。2002年12月，乙厂被工商部门吊销营业执照，2003年4月乙厂的企业法人登记被注销。2003年1月乙厂向法院提起行政诉讼，要求甲县人民政府赔偿建房投入和物品损失。下列哪些说法不正确？

A. 乙厂具有原告资格





B. 乙厂提起行政赔偿诉讼的时效为自该强制拆除行为被确认违法之日起两年

C. 因乙厂被拆房屋为违法建筑,乙厂的请求不成立

D. 因甲县人民政府的拆除行为只存在程序违法,乙厂的请求不成立

答案:BCD。

解析:《若干解释》第51条第1款第3项和第2款、第52条第2款、《国家赔偿法》第13条、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第22条。

## 重点法条

第十五条 行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:

- (一) 对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的;
- (二) 对没有犯罪事实的人错误逮捕的;
- (三) 依照审判监督程序再审改判无罪,原判刑罚已经执行的;
- (四) 刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的;
- (五) 违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。

第十六条 行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯财产权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:

- (一) 违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的;
- (二) 依照审判监督程序再审改判无罪,原判罚金、没收财产已经执行的。

第十七条 属于下列情形之一的,国家不承担赔偿责任:

- (一) 因公民自己故意作虚伪供述,或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的;
- (二) 依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人被羁押的;
- (三) 依照刑事诉讼法第十一条规定不追究刑事责任的人被羁押的;
- (四) 行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关的工作人员与行使职权无关的个人行为;
- (五) 因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的;
- (六) 法律规定的其他情形。

### 【关联法条】

#### 《国赔解释》

一、根据《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称赔偿法)第十七条第(二)项、第(三)项的规定,依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人和依照刑事诉讼法第十五条规定不追究刑事责任的人被羁押,国家不承担赔偿责任。但是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员,有权依法取得赔偿。判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。

#### 《最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定(试行)》

第十一条 被申请确认的案件在原审判、执行过程中,具有下列情形之一的,应当确认违法:

(一) 人民法院决定逮捕的犯罪嫌疑人没有犯罪事实或者事实不清、证据不足,释放后,未依法撤销逮捕决定的;

(二) 查封、扣押、冻结、追缴与刑事案件无关的合法财产,并造成损害的;

(三) 违反法律规定对没有实施妨害诉讼行为的人、被执行人、协助执行人等,采取或者重复采取拘传、拘留、罚款等强制措施,且未依法撤销的;

(四) 司法拘留超过法律规定或者决定书确定的期限的;

(五) 超过法定金额实施司法罚款的;

(六) 违反法律规定采取或者解除保全措施,给确认申请人造成损害的;

(七) 超标的查封、扣押、冻结、变卖或者执行确认申请人可分割的财产,给申请人造成损害的;

(八) 违反法律规定,重复查封、扣押、冻结确认申请人财产,给申请人造成损害的;

(九) 对查封、扣押的财物故意不履行监管职责,发生灭失或者其他严重后果,给确认申请人造成损害的;

(十) 对已经发现的被执行人的财产,故意拖延执行或者不执行,导致被执行的财产流失,给确认申请人造成损害的;

- (十一) 对应当恢复执行的案件不予恢复执行,导致被执行的财产流失,给确认申请人造成损害的;
- (十二) 没有法律依据将案件执行款物执行给其他当事人或者案外人,给确认申请人造成损害的;
- (十三) 违法查封、扣押、执行案外人财产,给案外人造成损害的;
- (十四) 对依法应当拍卖的财产未拍卖,强行将财产变卖或者以物抵债,给确认申请人造成损害的;
- (十五) 违反法律规定的其他情形。

第十二条 人民法院确认或者不予确认违法行使职权的,应当制作裁定书。确认违法的,应同时撤销原违法裁决。

人民法院对本院司法行为是否违法作出的裁定书由院长署名;上级人民法院对下级人民法院司法行为是否违法作出的裁定书由合议庭署名。

### 《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》

第七条 根据国家赔偿法第十七条、第三十一条的规定,具有下列情形之一的,国家不承担赔偿责任:

- (一) 因申请人申请保全有错误造成损害的;
- (二) 因申请人提供的执行标的物有错误造成损害的;
- (三) 人民法院工作人员与行使职权无关的个人行为;
- (四) 属于民事诉讼法第二百一十四条规定情形的;
- (五) 被保全人、被执行人,或者人民法院依法指定的保管人员违法动用、隐匿、毁损、转移、变卖人民法院已经保全的财产的;
- (六) 因不可抗力造成损害后果的;
- (七) 依法不应由国家承担赔偿责任的其他情形。

### 法条精解

以上三个条文原本平常,但由于《国赔解释》的规定,使其顿成司法考试热点。

1. 了解第15、16条各项情形。第15条第1项的拘留专指刑事拘留。

2. 第17条第2项所引的旧《刑法》第14条、第15条,应为现行《刑法》的第17条、第18条;第3项所引的旧《刑事诉讼法》第11条应为现行《刑事诉讼法》的第15条。请读者查找法条时注意。

3. 依《国赔解释》,并非第17条第2、3项情形下国家完全不承担赔偿责任,“对于起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员,有权依法取得赔偿,但判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。”换言之,对于依《刑法》第17条、第18条不负刑事责任和依《刑事诉讼法》第15条不追究刑事责任的人员,若在刑事诉讼中为侦查需要而错误羁押的,国家不负赔偿责任。但若发生了错判并已执行的,国家应负赔偿责任,仅免除判决确定前被羁押期间的赔偿责任。这是一个不折不扣的难点,应准确领会立法精神。

### 真题示例

1. (2007-2-50) 李某涉嫌盗窃被公安局刑事拘留,后检察院批准将其逮捕。法院审理时发现,李某系受人教唆,且是从犯,故判处李某有期徒刑2年,缓期3年执行。后李某以自己年龄不满16周岁为由提起上诉,二审法院因此撤销原判,改判李某无罪并解除羁押。下列哪一选项是正确的?

- A. 对于李某受到的羁押损失,国家不予赔偿
- B. 对于一审有罪判决至二审无罪判决期间李某受到的羁押损失,国家应当给予赔偿
- C. 对于一审判决前李某受到的羁押损失,国家应当给予赔偿
- D. 对于检察院批准逮捕之前李某受到的羁押损失,国家应当给予赔偿

答案:A。

解析:根据《国赔解释》第1条规定,李某没有被执行所判刑罚,无权取得赔偿;且判决确定前无论如何都无法取得赔偿,因此本题中CD选项是错误的。另外,根据《国赔解释》第四条规定,人民法院判处管制、有期徒刑缓刑、剥夺政治权利等刑罚的人被依法改判无罪的,国家不承担赔偿责任,但是,赔偿请求人在判决生效前被羁押的,依法有权取得赔偿。

2. (2009-2-89) 2006年12月5日,王某因涉嫌盗窃被某县公安局刑事拘留,同月11日被县检察院批准逮捕。2008年3月4日王某被一审法院判处有期徒刑二年,王某不服提出上诉。2008年6月5日,二审法院维持原判,判决交付执行。2009年3月2日,法院经再审以王某犯罪时不满16周岁为由撤销生效判





决，改判其无罪并当庭释放。王某申请国家赔偿，下列哪些选项是错误的？

- A. 国家应当对王某从 2008 年 6 月 5 日到 2009 年 3 月 2 日被羁押的损失承担赔偿责任
- B. 国家应当对王某从 2006 年 12 月 11 日到 2008 年 3 月 4 日被羁押的损失承担赔偿责任
- C. 国家应当对王某从 2006 年 12 月 5 日到 2008 年 3 月 4 日被羁押的损失承担赔偿责任
- D. 国家应当对王某从 2008 年 3 月 4 日到 2009 年 3 月 2 日被羁押的损失承担赔偿责任

答案：BCD。

解析：根据《国赔解释》第 1 条、《国家赔偿法》第 17 条第 2 项和第 3 项，选项 B、C、D 错误。

重点法条

第十七条 属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

- (一) 因公民自己故意作虚伪供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的；
- (二) 依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人被羁押的；
- (三) 依照刑事诉讼法第十一条规定不追究刑事责任的人被羁押的；
- (四) 行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关的工作人员与行使职权无关的个人行为；
- (五) 因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的；
- (六) 法律规定的其他情形。

【关联法条】

《国赔解释》

一、根据《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简称赔偿法）第十七条第（二）项、第（三）项的规定，依照刑法第十四条、第十五条规定不负刑事责任的人和依照刑事诉讼法第十五条规定不追究刑事责任的人被羁押，国家不承担赔偿责任。但是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿。判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。

《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》

第七条 根据国家赔偿法第十七条、第三十一条的规定，具有下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

- (一) 因申请人申请保全有错误造成损害的；
- (二) 因申请人提供的执行标的物有错误造成损害的；
- (三) 人民法院工作人员与行使职权无关的个人行为；
- (四) 属于民事诉讼法第二百一十四条规定情形的；
- (五) 被保全人、被执行人，或者人民法院依法指定的保管人员违法动用、隐匿、毁损、转移、变卖人民法院已经保全的财产的；
- (六) 因不可抗力造成损害后果的；
- (七) 依法不应由国家承担赔偿责任的其他情形。

法条精解

本法条规定的是国家不承担赔偿责任的情形，属于识记性知识点，记忆有个窍门，就是“自己过错不负责，个人行为不追究。”就是说公民个人故意作虚伪供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判刑事处罚等公民自己的过错形成的损失，不属于国家赔偿的范围，重点要理解“过错”这两个字的含义。

重点法条

第十九条 行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该机关为赔偿义务机关。

对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关。

对没有犯罪事实的人错误逮捕的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。

再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。二审改判无罪的，作出一审判决的人民法院和作出逮捕决定的机关为共同赔偿义务机关。



## 【关联法条】

### 《国赔解释》

五、根据赔偿法第十九条第四款“再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关”的规定，原一审人民法院作出判决后，被告人没有上诉，人民检察院没有抗诉，判决发生法律效力的，原一审人民法院为赔偿义务机关；被告人上诉或者人民检察院抗诉，原二审人民法院维持一审判决或者对一审人民法院判决予以改判的，原二审人民法院为赔偿义务机关。

### 《行政规定》

第二十六条 当事人先后被采取限制人身自由的行政强制措施和刑事拘留等强制措施，因强制措施被确认为违法而请求赔偿的，人民法院按其行为性质分别适用行政赔偿程序和刑事赔偿程序立案受理。

### 《最高人民法院、最高人民检察院关于刑事赔偿义务机关确定问题的通知》

为规范刑事赔偿案件的办理，及时执行生效的刑事赔偿决定，切实保障赔偿请求人的合法权益，根据《中华人民共和国国家赔偿法》第十九条和《最高人民法院、最高人民检察院〈关于办理人民法院、人民检察院共同赔偿案件若干问题的解释〉》第一条的规定，现就确定赔偿义务机关的有关事项通知如下：

一、人民检察院批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决无罪，或者人民检察院撤回起诉作出不起诉决定或者撤销案件决定，依法应当赔偿的案件，批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，赔偿义务机关为批准逮捕的人民检察院。

二、人民检察院批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决有罪，二审人民法院改判无罪，或者发回重审后一审人民法院改判无罪，或者人民检察院撤回起诉作出不起诉决定或者撤销案件决定，依法应当赔偿的案件，一审人民法院和批准逮捕的人民检察院为共同赔偿义务机关。批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，共同赔偿义务机关为提起公诉的人民检察院。

三、本通知自发布之日起施行。本通知发布前，已经生效的刑事赔偿决定不再变更赔偿义务机关。

## 法条精解

本条几乎为每年司法考试的必考考点，务求掌握。重点掌握第4款，“再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关”。何为“作出生效判决的人民法院”，可参考《国赔解释》第5条。没有犯罪事实或者没有犯罪的重大嫌疑而被错误拘留的，赔偿责任由作出拘留决定的机关来承担而非由拘留机关承担，这点要注意。逮捕与之类似，是由作出逮捕决定的机关来赔偿。另外，再审改判无罪和二审改判无罪的赔偿责任不同，一定要严格区别，再审改判无罪由作出原生效判决的法院承担赔偿责任，可能是不同层级的法院，但是二审改判无罪的由作出一审判决的人民法院和作出逮捕决定的机关为共同赔偿义务机关，此时要注意的是，这时是一审法院和作出逮捕决定的机关共同赔偿。

## 真题示例

(2008-2-40) 甲市乙区公安分局以孙某涉嫌诈骗罪为由将其刑事拘留，并经乙区检察院批准逮捕。后因案情特殊由丙区检察院提起公诉。2006年，丙区法院判处孙某有期徒刑3年，孙某不服上诉，甲市中级人民法院裁定发回丙区法院重新审理。重审期间，丙区检察院经准许撤回起诉，并最终作出不起诉决定。孙某申请国家赔偿。关于赔偿义务机关，下列哪一选项是正确的？

- A. 乙区公安分局、乙区检察院和丙区法院
- B. 乙区公安分局、丙区检察院和丙区法院
- C. 乙区检察院和丙区法院
- D. 丙区检察院和丙区法院

答案：D。

解析：依据《国家赔偿法》第19条、《最高人民法院最高人民检察院关于刑事赔偿义务机关确定问题的通知》第2条，选项D正确。

## 重点法条

第二十条 赔偿义务机关对依法确认有本法第十五条、第十六条规定的情形之一的，应当给予赔偿。

赔偿请求人要求确认有本法第十五条、第十六条规定情形之一的，被要求的机关不予确认的，赔偿请求人有权申诉。

赔偿程序适用本法第十条、第十一条、第十二条的规定。

第二十一条 赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内依照本法第四章的规定给予赔偿；逾期不





予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期间届满之日起三十日内向其上一级机关申请复议。

赔偿义务机关是人民法院的，赔偿请求人可以依照前款规定向其上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

第二十二条 复议机关应当自收到申请之日起两个月内作出决定。

赔偿请求人不服复议决定的，可以在收到复议决定之日起三十日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定；复议机关逾期不作决定的，赔偿请求人可以自期间届满之日起三十日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

第二十三条 中级以上的人民法院设立赔偿委员会，由人民法院三名至七名审判员组成。

赔偿委员会作赔偿决定，实行少数服从多数的原则。

赔偿委员会作出的赔偿决定，是发生法律效力的决定，必须执行。

### 【关联法条】

#### 《国赔解释》

三、公民、法人和其他组织申请人民法院依照赔偿法规定予以赔偿的案件，应当经过依法确认。未经依法确认的，赔偿请求人应当要求有关人民法院予以确认。被要求的人民法院由有关审判庭负责办理依法确认事宜，并应以人民法院的名义答复赔偿请求人。被要求的人民法院不予确认的，赔偿请求人有权申诉。

#### 《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》

第八条 申请民事、行政诉讼中司法赔偿的，违法行使职权的行为应当先经依法确认。

申请确认的，应当先向侵权的人民法院提出。

人民法院应自受理确认申请之日起两个月内依照相应程序作出裁决或相关的决定。

申请人对确认裁定或者决定不服或者侵权的人民法院逾期不予确认的，申请人可以向其上一级人民法院申诉。

第九条 未经依法确认直接向人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定的，人民法院赔偿委员会不予受理。

第十条 经依法确认有本解释第二条至第五条规定情形之一的，赔偿请求人可依法向侵权的人民法院提出赔偿申请，人民法院应当受理。人民法院逾期不作决定的，赔偿请求人可以向其上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

第十四条 人民法院赔偿委员会在审理侦查、检察、监狱管理机关及其工作人员违法行使职权侵犯公民财产权造成损害的赔偿案件时，可参照本解释的有关规定办理。

#### 《最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定（试行）》

第一条 公民、法人或者其他组织认为人民法院及其工作人员的职务行为侵犯其合法权益提起国家赔偿请求的，除本规定第五条规定的情形外，应当依法先行申请确认。

第二条 公民、法人或者其他组织认为人民法院及其工作人员违法行使职权，申请确认的是确认申请人。

申请确认由作出司法行为的人民法院受理，但申请确认基层人民法院司法行为违法的案件，由中级人民法院受理。

第三条 具备下列条件的，应予立案：

- （一）确认申请人应当具有《中华人民共和国国家赔偿法》第十八条规定的国家赔偿请求人资格；
- （二）有具体的确认请求和损害事实、理由；
- （三）确认申请人申请确认应当在司法行为发生或者知道、应当知道司法行为发生之日起两年内提出；
- （四）属于受理确认申请的人民法院管辖。

第四条 具有下列情形之一的确认申请，不予受理：

- （一）依法应当通过审判监督程序提出申诉或者申请再审的；
- （二）申请事项属于司法机关已经立案正在查处的；
- （三）人民法院工作人员的行为与行使职权无关的；
- （四）属于《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十四条规定情形的；
- （五）依法不属于确认范围的其他情形。

第五条 人民法院作出的下列情形之一的判决、裁定、决定，属于依法确认，当事人可以根据该判决、裁定、决定提出国家赔偿申请：

- (一) 逮捕决定已经依法撤销的,但《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条规定的情形除外;
- (二) 判决宣告无罪并已发生法律效力;
- (三) 实施了国家赔偿法第十五条第(四)、(五)项规定的行为责任人员已被依法追究的;
- (四) 实施了国家赔偿法第十六条第(一)项规定行为,并已依法作出撤销决定的;
- (五) 依法撤销违法司法拘留、罚款、财产保全、执行裁定、决定的;
- (六) 对违法行为予以纠正的其他情形。

第六条 人民法院应当在收到确认申请之日起七日内决定是否立案。

审查立案时,发现缺少相关证据的,可以通知确认申请人七日内予以补充。

第七条 确认申请人对不予受理决定不服的,可以在收到不予受理决定书之日起十五日内,向上一级人民法院申请复议。

上一级人民法院应当在收到复议申请之日起三十日内作出是否受理的决定。

第八条 人民法院审理确认案件应当组成合议庭。

第九条 人民法院审理确认案件,应当审查以下内容:

- (一) 被申请确认的损害事实是否存在;
- (二) 人民法院原作出司法行为的理由及依据;
- (三) 人民法院原行使职权的行为是否符合法定程序、原行使的职权适用法律是否正确;
- (四) 其他需要审查的内容。

第十条 人民法院审理确认案件可以进行书面审理,根据案件的具体情况可以进行听证。是否听证由合议庭决定。

第十一条 被申请确认的案件在原审判决、执行过程中,具有下列情形之一的,应当确认违法:

(一) 人民法院决定逮捕的犯罪嫌疑人没有犯罪事实或者事实不清、证据不足,释放后,未依法撤销逮捕决定的;

(二) 查封、扣押、冻结、追缴与刑事案件无关的合法财产,并造成损害的;

(三) 违反法律规定对没有实施妨害诉讼行为的人、被执行人、协助执行人等,采取或者重复采取拘传、拘留、罚款等强制措施,且未依法撤销的;

(四) 司法拘留超过法律规定或者决定书确定的期限的;

(五) 超过法定金额实施司法罚款的;

(六) 违反法律规定采取或者解除保全措施,给确认申请人造成损害的;

(七) 超标的查封、扣押、冻结、变卖或者执行确认申请人可分割的财产,给申请人造成损害的;

(八) 违反法律规定,重复查封、扣押、冻结确认申请人财产,给申请人造成损害的;

(九) 对查封、扣押的财物故意不履行监管职责,发生灭失或者其他严重后果,给确认申请人造成损害的;

(十) 对已经发现的被执行人的财产,故意拖延执行或者不执行,导致被执行的财产流失,给确认申请人造成损害的;

(十一) 对应当恢复执行的案件不予恢复执行,导致被执行的财产流失,给确认申请人造成损害的;

(十二) 没有法律依据将案件执行款物执行给其他当事人或者案外人,给确认申请人造成损害的;

(十三) 违法查封、扣押、执行案外人财产,给案外人造成损害的;

(十四) 对依法应当拍卖的财产未拍卖,强行将财产变卖或者以物抵债,给确认申请人造成损害的;

(十五) 违反法律规定的其他情形。

第十二条 人民法院确认或者不予确认违法行使职权的,应当制作裁定书。确认违法的,应同时撤销原违法裁决。

人民法院对本院司法行为是否违法作出的裁定书由院长署名;上级人民法院对下级人民法院司法行为是否违法作出的裁定书由合议庭署名。

第十三条 人民法院审理确认案件,应当自送达受理通知书之日起六个月内作出裁定。需要延长期限的,报请本院院长批准可以延期三个月。

第十四条 确认申请人对人民法院受理确认申请后,超过审理期限未作出裁决的,可以在期满后三十日内向上一级人民法院提出书面申诉。

上一级人民法院应当在收到确认申诉书之日起三个月内指令下级人民法院限期作出裁定或者自行审理。





自行审理需要延长期限的，报请本院院长批准可以延期三个月。

第十五条 上级人民法院审理确认案件举行听证的，下级人民法院应当参加听证。

确认申请人无正当理由不参加听证的，视为撤回确认申请。

第十六条 原作出司法行为的人民法院有义务对其行为的合法性作出说明。

第十七条 确认申请人对人民法院作出的不予确认违法的裁定不服，可以在收到裁定书之日起三十日内向上一级人民法院提出申诉。

上一级人民法院应当在收到确认申诉书之日起三个月内作出确认或者不予确认的裁定。需要延长期限的，报请本院院长批准可以延期三个月。

第十八条 最高人民法院对各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院作出的确认裁定认为确有错误的，可以直接作出确认，也可以指令下级人民法院或者其他同级人民法院重新确认。

## 法条精解

1. 《国家赔偿法》第20条至第23条系统规定了刑事赔偿程序，应根据不同赔偿义务机关分别两种情况：

(1) 赔偿义务机关为非法院（即公安、检察机关等）的，其程序为：

① 申请人在时效期间内向赔偿义务机关提出申请；

② 赔偿义务机关收到申请后2个月内给予赔偿；

③ 赔偿义务机关逾期不予赔偿，或不答复，或申请人对数额有异议的，30日内向其上级机关申请复议；

④ 复议机关应在2个月内作出复议决定，逾期不作出或不答复，或申请人不服行政复议的，应向复议机关同级法院赔偿委员会申请作出赔偿决定；

⑤ 法院决定一经作出，即为终局决定。

(2) 赔偿义务机关为法院的，其程序为：

① 申请人在时效期间内向赔偿义务机关提出申请；

② 赔偿义务机关收到申请后2个月内给予赔偿；

③ 赔偿义务机关逾期不予赔偿，或不答复，或申请人对数额有异议的，30日内向其上一级法院赔偿委员会申请作出赔偿决定；

④ 法院一旦作出赔偿决定，即为终局决定。

比较可见，法院与非法院作为刑事赔偿义务机关的程序主要区别在于前者没有向其上级申请复议的程序。共同之处在于：

① 都要求先向赔偿义务机关提出，由赔偿义务机关先行处理；

② 赔偿委员会最终决定权。

2. 了解第23条赔偿委员会的设置和组成规则，必须掌握：赔偿委员会作出的赔偿决定不具有可诉性。赔偿委员会作出赔偿决定的程序是一个非诉程序，所以当事人也不称原告、被告。

3. 以上几个条文中关于期间的规定非常重要，务求掌握几个关键的期间。

## 重点法条

第二十四条 赔偿义务机关赔偿损失后，应当向有下列情形之一的工作人员追偿部分或者全部赔偿费用：

(一) 有本法第十五条第(四)、(五)项规定情形的；

(二) 在处理案件中有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

对有前款(一)、(二)项规定情形的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

## 法条精解

记忆窍门是“暴力殴打致人伤，违规器械死伤亡；贪污受贿又舞弊，枉法裁判很冤枉。”

注意和行政赔偿中的追偿进行比较。行政追偿范围比较广，只要其工作人员有故意或者重大过失造成国家承担了国家赔偿责任就可以进行追偿。刑事赔偿中，追偿范围就比较窄了，只有针对本条规定的情形可以追偿，其余的不得追偿。



第二十七条 侵犯公民生命健康权的，赔偿金按照下列规定计算：

（一）造成身体伤害的，应当支付医疗费，以及赔偿因误工减少的收入。减少的收入每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算，最高额为国家上年度职工年平均工资的五倍；

（二）造成部分或者全部丧失劳动能力的，应当支付医疗费，以及残疾赔偿金，残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度确定，部分丧失劳动能力的最高额为国家上年度职工年平均工资的十倍，全部丧失劳动能力的为国家上年度职工年平均工资的二十倍。造成全部丧失劳动能力的，对其扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费；

（三）造成死亡的，应当支付死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的二十倍。对死者生前扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费。

前款第（二）、（三）项规定的生活费的发放标准参照当地民政部门有关生活救济的规定办理。被扶养的人是未成年人的，生活费给付至十八周岁止；其他无劳动能力的人，生活费给付至死亡时止。

第三十条 赔偿义务机关对依法确认有本法第三条第（一）、（二）项、第十五条第（一）、（二）、（三）项规定的情形之一，并造成受害人名誉权、荣誉权损害的，应当在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。

### 【关联法条】

#### 《国家赔偿法》

第二十五条 国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。能够返还财产或者恢复原状的，予以返还财产或者恢复原状。

第二十六条 侵犯公民人身自由的，每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。

#### 《国赔解释》

四、根据赔偿法第二十六条、第二十七条的规定，人民法院判处管制、有期徒刑缓刑、剥夺政治权利等刑罚的人被依法改判无罪的，国家不承担赔偿责任，但是，赔偿请求人在判决生效前被羁押的，依法有权取得赔偿。

六、赔偿法第二十六条关于“侵犯公民人身自由的，每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算”中规定的上年度，应为赔偿义务机关、复议机关或者人民法院赔偿委员会作出赔偿决定时的上年度；复议机关或者人民法院赔偿委员会决定维持原赔偿决定的，按作出原赔偿决定时的上年度执行。

国家上年度职工日平均工资数额，应当以职工年平均工资除以全年法定工作日数的方法计算。年平均工资以国家统计局公布的数字为准。

### 法条精解

1. 应详细掌握第 27 条所列三种情形下各自的具体赔偿范围（具体项目）。
2. 特别注意第 30 条，适用非财产性民事责任的五种情形。一定将这五种情形默记在心，此为司法考试热点。
3. 了解第 26 条及《国赔解释》第 6 条关于每日赔偿金的计算标准及如何确定“上年度”。
4. 务求掌握《国赔解释》第 4 条，此为司法考试又一热点：
  - （1）错判管制、有期徒刑缓刑、剥夺政治权利的，国家不承担赔偿责任；
  - （2）注意本条的但书规定。

### 真题示例

（2002-2-77）被告人经审判监督程序改判无罪前的哪些情形，国家不承担赔偿责任？

- A. 执行刑罚中被依法减刑的，对于被减刑部分的刑罚
- B. 执行刑罚中被保外就医的，对于保外就医期间的刑罚
- C. 被判处有期徒刑缓刑的
- D. 被判处管制刑罚的

答案：ACD。

解析：《国赔解释》第 4 条规定：根据赔偿法第 26 条、第 27 条的规定，人民法院判处管制、有期徒刑





缓刑、剥夺政治权利等刑罚的人被依法改判无罪的，国家不承担赔偿责任，但是，赔偿请求人在判决生效前被羁押的，依法有权取得赔偿。CD 符合题意。A 被减刑部分属于免除刑罚，国家不承担赔偿责任，也可选。B 保外就医仍属于执行，国家应予以赔偿。

### 重点法条

第二十八条 侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的，按照下列规定处理：

(一) 处罚款、罚金、追缴、没收财产或者违反国家规定征收财物、摊派费用的，返还财产；

(二) 查封、扣押、冻结财产的，解除对财产的查封、扣押、冻结，造成财产损坏或者灭失的，依照本条第(三)、(四)项的规定赔偿；

(三) 应当返还的财产损坏的，能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的赔偿金；

(四) 应当返还的财产灭失的，给付相应的赔偿金；

(五) 财产已经拍卖的，给付拍卖所得的价款；

(六) 吊销许可证和执照、责令停产停业的，赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支；

(七) 对财产权造成其他损害的，按照直接损失给予赔偿。

### 法条精解

此条是关于国家赔偿的方式的规定，可以类比一下其他法的赔偿责任的规定，对于财产的损失一般是能返还原物的返还原物，不能返还原物的赔偿价款，这里还有个特殊的就是拍卖物，要返还拍卖物的拍卖款。吊销许可证和执照，责令停业停产的，赔偿的必要经常性费用开支是不包括利润的，这里要注意。对财产造成损失的按照直接损失给予赔偿，就是说，间接地损失是不予赔偿的。

### 真题示例

1. (2008-2-99) 张某租用农贸市场一门面从事经营。因赵某提出该门面属于他而引起争议，工商局扣缴张某的营业执照，致使张某停业 2 个月之久。张某在工商局返还营业执照后，提出赔偿请求。下列属于国家赔偿范围的是：

A. 门面租赁费

B. 食品过期不能出售造成的损失

C. 张某无法经营的经济损失

D. 停业期间张某依法缴纳的税费

答案：AD。

解析：根据《国家赔偿法》第 28 条的规定，A 和 D 属于停产停业期间必要的经常性费用开支，应当赔偿；B 和 C 均属于间接损失，不予赔偿。本题正确答案是 AD。

2. (2007-2-90) 县工商部门以办理营业执照存在问题为由查封了张某开办的美容店。查封时，工商人员将美容店的窗户、仪器损坏。张某向法院起诉，法院撤销了工商部门的查封决定。张某要求行政赔偿。下列哪些损失属于县工商部门应予赔偿的费用？

A. 张某因美容店被查封损坏而生病支付的医疗费

B. 美容店被损坏仪器及窗户所需修复费用

C. 美容店被查封停业期间必要的经常性费用开支

D. 张某根据前一个月利润计算的被查封停业期间的利润损失

答案：BC。

解析：根据《国家赔偿法》第 28 条规定，选项 B、C 正确。

### 重点法条

第二十九条 赔偿费用，列入各级财政预算，具体办法由国务院规定。

【关联法条】

《国家赔偿法》

第六条 人民法院及其工作人员在民事、行政诉讼或者执行过程中，具有本解释第二条至第五条规定情形，造成损害的，应当承担直接损失的赔偿责任。

因多种原因造成的损害，只赔偿因违法侵权行为所造成的直接损失。

国家赔偿的费用列入国家各级财政预算，国家的财政预算里必须有国家赔偿这个项目，单位不得借故各种理由来推脱。

### 重点法条

第三十一条 人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误，造成损害的，赔偿请求人要求赔偿的程序，适用本法刑事赔偿程序的规定。

#### 【关联法条】

#### 《国赔解释》

二、依照赔偿法第三十一条的规定，人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误，造成损害，具有以下情形之一的，适用刑事赔偿程序予以赔偿：

- (一) 错误实施司法拘留、罚款的；
- (二) 实施赔偿法第十五条第（四）项、第（五）项规定行为的；
- (三) 实施赔偿法第十六条第（一）项规定行为的。

人民法院审理的民事、经济、行政案件发生错判并已执行，依法应当执行回转的，或者当事人申请财产保全、先予执行，申请有错误造成财产损失依法应由申请人赔偿的，国家不承担赔偿责任。

### 法条精解

有关司法赔偿的规定虽仅有以上两个条文，却是考试历久不衰的热点和难点。

#### 1. 司法赔偿的几种情形

在民事、行政诉讼中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或执行错误，造成利害关系人损害，具有以下情形之一的，应予赔偿：

- (1) 错误司法拘留、罚款的；
- (2) 实施《国家赔偿法》第15条第4、5项行为的；
- (3) 实施《国家赔偿法》第16条第1项行为的。

#### 2. 不予赔偿的情形

- (1) 民事、行政案件发生错判并已执行，依法应执行回转的；
- (2) 当事人申请财产保全、先予执行错误的。

3. 行政机关申请强制执行具体行政行为，因执行根据错误而引起赔偿的，由行政机关赔偿，法院不负赔偿责任。

### 真题示例

(2008-2-88) 甲公司向某区法院起诉要求乙公司返还货款15万元，并请求依法保全乙公司价值10万元的汽车。在甲公司提供担保后，法院准予采取保全措施。二审法院最终维持某区法院要求乙公司返还货款10万元的判决。甲公司在申请强制执行时，发现诉讼期间某区法院在乙公司没有提供担保的情况下已解除保全措施，乙公司已变卖汽车、转移货款，致判决无法执行。甲公司要求某区法院赔偿损失。下列哪些说法是正确的？

- A. 《国家赔偿法》未明确规定法院在民事诉讼过程中违法解除保全措施应承担赔偿责任，故甲公司的请求不成立
- B. 违法采取保全措施应包括依法不应当解除而解除保全措施
- C. 就某区法院的措施是否属国家赔偿范围问题，受理赔偿诉讼的法院可以进行调解
- D. 甲公司应当先申请确认某区法院解除保全措施的行为违法

答案：BD。

解析：依据《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》第1条、第3条、第8条第1款、《行赔规定》第30条。





## 重点法条

第三十二条 赔偿请求人请求国家赔偿的时效为两年，自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法确认为违法之日起计算，但被羁押期间不计算在内。

赔偿请求人在赔偿请求时效的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，时效中止。从中止时效的原因消除之日起，赔偿请求时效期间继续计算。

## 法条精解

1. 注意国家赔偿时效期间的起算点。
2. 被羁押期间不计入时效期间之内。
3. 时效中止事由应发生在时效的最后6个月内。

## 重点法条

第三十四条 赔偿请求人要求国家赔偿的，赔偿义务机关、复议机关和人民法院不得向赔偿请求人收取任何费用。

对赔偿请求人取得的赔偿金不予征税。

### 【关联法条】

#### 《行赔规定》

第三十八条 人民法院审理行政赔偿案件，除依照国家赔偿法行政赔偿程序的规定外，对本规定没有规定的，在不与国家赔偿法相抵触的情况下，可以适用行政诉讼的有关规定。

第三十九条 赔偿请求人要求人民法院确认致害行为违法涉及的鉴定、勘验、审计等费用，由申请人预付，最后由败诉方承担。

第四十条 最高人民法院以前所作的有关司法解释与本规定不一致的，按本规定执行。

#### 《最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定（试行）》

第十九条 本规定发布前的司法解释，与本规定相抵触的，以本规定为准。

## 法条精解

1. 国家赔偿程序不向请求人收费，赔偿请求人要求人民法院确认致害行为涉及的鉴定、勘验、审计等费用只是预付的。如果最后赔偿申请人胜诉，则这笔钱必须退回；如果败诉则不予退回。

2. 赔偿金不征税。

3. 国家审理国家赔偿案件的时候如果国家赔偿法及相关法有规定的适用国家赔偿法以及其相关规定，没有规定的适用行政诉讼法的相关规定。

## 《行政处罚法》

## 重点法条

第三条 公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。

没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。

第四条 行政处罚遵循公正、公开的原则。设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据。

第二十四条 对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。

### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第二十八条 违法行为构成犯罪的，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。违法行为构成犯罪的，人民法院处罚金时，行政机关已经给予当事人罚



款的，应当折抵相应罚金。

### 《治安管理处罚法》

第十六条 有两种以上违反治安管理行为的，分别决定，合并执行。行政拘留处罚合并执行的，最长不超过二十日。

第十八条 单位违反治安管理的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照本法的规定处罚。其他法律、行政法规对同一行为规定给予单位处罚的，依照其规定处罚。

### 法条精解

关于行政处罚原则的规定涉及的有关法理如下：

1. 处罚法定原则。①处罚设定法定；②实施处罚的机关法定；③实施处罚的依据法定；④实施处罚的程序法定。这里强调实施处罚的依据法定和实施处罚的程序法定。违反者，行政处罚无效（第3条第2款）。

2. 处罚公正、公开原则。处罚公正原则体现在实体与程序公正。前者要求行政处罚无论是设定还是实施都要过罚相当，即处罚要与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当（第4条第2款）。处罚公开原则，是行政处罚的设定与实施要向社会公开，有两项基本要求：对违法行为给予处罚的规定要公开；对违法行为实施处罚的程序必须公开。未经公开的行政处罚决定，不得作为行政处罚的依据（第4条第3款）。

3. 一事不再罚原则（第24条、第28条）。针对行政相对人的一个违法行为，不能给予多次处罚。其内容包括两个方面：

（1）针对一个违法行为，不能给予两次或两次以上的同一种类的行政处罚，正确理解之：①针对一个违法行为，一个处罚主体或者多个处罚主体不能根据同一个法律规范再次作出处罚。比如按照某法规规定针对某企业的一个违法行为，工商行政管理机关作出了罚款处罚后，技监部门不能再依此法规作出处罚。②针对一个违法行为，一个处罚主体或者多个处罚主体不能根据不同的法律规范作出同一种类的处罚。例如，针对某企业的一个违法行为，工商行政管理机关按本部门规章作出罚款决定后，技监部门则不能根据其他规章作出罚款的决定。

（2）违法行为构成犯罪的，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已实施了行政拘留的，应当依法折抵相应的刑期；人民法院判处罚金时，行政机关已实施了罚款的，应折抵相应罚金。行政处罚与刑罚都是国家对违法行为的法律制裁，应折抵。由上可得出一个重要结论是：针对一个违法行为，一个处罚主体或多个处罚主体根据不同法律规范作出非属同一种类的处罚，并不违反一事不再罚原则。另外，对不同的违法行为，分别决定处罚，合并执行（《治安管理处罚法》第16条）。

4. 行政处罚可以针对公民、法人或者其他组织，对单位违反治安管理原则上采取单罚制，仅罚其直接负责的主管人员和其他直接责任人员；例外的采双罚制，但须由法律、行政法规规定，地方性法规和规章无权规定同时对单位处罚的双罚制（《治安管理处罚法》第18条）。

### 真题示例

1. （2007-2-47）张某因打伤李某被公安局处以行政拘留15天的处罚，张某不服，申请行政复议。不久，受害人李某向法院提起刑事自诉，法院经审理认为张某的行为已经构成犯罪，判决拘役2个月。下列哪一选项是正确的？

- A. 本案调查中，警察经出示工作证件，可以检查张某的住所
- B. 如果在法院判决时张某的行政拘留已经执行完毕，则对其拘役的期限为一个半月
- C. 如果张某之父为其提供担保，则公安机关可暂缓执行行政拘留
- D. 由公安局将张某送到看守所执行行政拘留

答案：B。

解析：依据《治安管理处罚法》第87条、第103条、第108条及《行政处罚法》第28条规定，选项B正确。

2. （2002-2-75）刘某因超载被公路管理机关执法人员李某拦截，李某口头作出罚款200元的处罚决定，并要求当场缴纳。刘某要求出具书面处罚决定和罚款收据，李某认为其要求属于强词夺理，拒绝听取其申辩。关于该处罚决定，下列哪些说法是错误的？

- A. 该处罚决定不成立，刘某可以拒绝
- B. 该处罚决定违法，刘某缴纳罚款后可以申请复议或者提起诉讼





C. 该处罚决定不成立，刘某缴纳罚款后可以申请复议或者提起诉讼

D. 该处罚决定无效，刘某可以拒绝

答案：BD。

解析：根据《行政处罚法》第32条、第49条和第3条第2款规定，排除AC。

## 重点法条

第八条 行政处罚的种类：

- (一) 警告；
- (二) 罚款；
- (三) 没收违法所得、没收非法财物；
- (四) 责令停产停业；
- (五) 暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；
- (六) 行政拘留；
- (七) 法律、行政法规规定的其他行政处罚。

第十四条 除本法第九条、第十条、第十一条、第十二条以及第十三条的规定外，其他规范性文件不得设定行政处罚。

### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第九条 法律可以设定各种行政处罚。

限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。

第十条 行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。

法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

第十一条 地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。

法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

第十二条 国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。

尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依照本条第一款、第二款的规定，规定行政处罚。

第十三条 省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。

尚未制定法律、法规的，前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

#### 《治安管理处罚法》

第十条 治安管理处罚的种类分为：

- (一) 警告；
- (二) 罚款；
- (三) 行政拘留；
- (四) 吊销公安机关发放的许可证。对违反治安管理的外国人，可以附加适用限期出境或者驱逐出境。

## 法条精解

1. 了解行政处罚的种类，《治安管理处罚法》创设了限期出境或者驱逐出境。

2. 不同立法文件的行政处罚设定权，包括创设权与规定权两个方面：

创设权——没有上位阶的法律规范对处罚加以规定的情况下自行规范处罚的权力。规定权——上位阶法律规范已对处罚作出规定的前提下，作出进一步具体规范的权力，不能超出已有规范所确定的处罚行为、

种类和幅度等。

相关规则有：

(1) 法律的创设权：可创设一切行政处罚，且对限制人身自由的行政处罚拥有专属创设权（第9条）。

(2) 行政法规的创设权：除限制人身自由以外任何行政处罚；规定权：在法律已作出规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定（第10条）。

(3) 地方性法规的创设权：除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的任何行政处罚；规定权：在法律、行政法规已作出规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定（第11条）。

(4) 规章的创设权：警告、一定数量的罚款。规定权：在法律、法规已作出规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出上述规定（第12、13条）。

(5) 除上引之外的任何规范性文件，对行政处罚既无创设权，也无规定权。

### 真题示例

1. (2004-2-41) 张某委托刘某购书，并将一本存在1.3万元人民币的全国通兑活期存折交给刘某用于买书。刘某在途中取出该存折的3000元用于购买毒品，被公安机关当场抓获。审讯中，刘某供述存折中余下的1万元仍打算用于购买毒品。县法院对刘某判处有期徒刑15年。随后，公安机关作出行政处罚决定，关于当场查获的3000元和存折内的余款，正确的处理方法是：

- A. 没收用于购买毒品的3000元，将存折内余款返还刘某
- B. 没收用于购买毒品的3000元和准备用于购买毒品的存折内余款
- C. 将刘某用于购买毒品的3000元和存折内余款返还张某
- D. 没收用于购买毒品的3000元，将存折内余款返还张某

答案：D。

解析：《行政处罚法》第8条规定，本题的关键是如何理解“非法财物”的范围。本案中，刘某对于张某委托代为买书的存折中的款项只有按指定用途使用该款项的权利，而没有所有权，其取出3000元用来买毒品，是将该部分款项非法占为己有，该3000元应定性为从事违法活动的违法工具（购买毒品的对价），应予没收。但是存折中剩余款项所有权仍属于张某，属于张某个人的合法财产，应该归还给合法所有人。刘某只是代为保管、使用该款项，并不是财产的合法所有人，因此D正确。

2. (2008-2-89) 某市卫生局经调查取证，认定某公司实施了未经许可擅自采集血液的行为，依据有关法律和相关规定，决定取缔该公司非法采集血液的行为，同时没收5只液氮生物容器。下列哪些说法是正确的？

- A. 市卫生局在调查时，执法人员不得少于两人，并应当向当事人出示证件
- B. 若市卫生局当场作出决定，某公司不服申请复议的期限应自决定作出之日起计算
- C. 若某公司起诉，市卫生局向法院提供的现场笔录的效力，优于某公司的证人对现场的描述
- D. 没收5只液氮生物容器属于保全措施

答案：ABC。

解析：根据《行政处罚法》第37条第1款规定，选项A项正确。根据《行政复议法》第9条规定，在选项B中，如果市卫生局当场作出决定，那么某公司从市卫生局当场作出决定的时候就知道了该具体行政行为，因此，申请复议的期限应该从决定作出之日起计算，选项B正确。根据《行政诉讼法》第31条规定，市卫生局向法院提供的现场笔录属于证据种类中的第7项现场笔录，某公司的证人对现场的描述属于证据种类中的第4项证人证言。根据《证据规定》第63条的规定，选项C正确。根据《行政处罚法》第8条的规定，没收5只液氮生物容器属于行政处罚而非属于保全措施，选项D错误。

3. (2003-2-70) 我国《种子法》规定，违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的，可处以1万元以上5万元以下罚款。某省人民政府在其制定的《某省种子法实施办法》中规定，违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的，可处以3万元以上5万元以下罚款。下列说法哪些是正确的？

- A. 《实施办法》超越了《种子法》的规定，无效
- B. 《实施办法》没有超越《种子法》的规定，有效
- C. 国务院若认为《实施办法》超越了《种子法》的规定，有权予以撤销
- D. 受处罚人不服处罚申请行政复议的同时，可以对《实施办法》一并请求审查

答案：AC。

解析：地方规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。





依据《立法法》第 87 条和第 88 条、《行政复议法》第 7 条规定，选 A、C 项正确。

## 重点法条

第十六条 国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。

第十七条 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。

第十八条 行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托符合本法第十九条规定条件的组织实施行政处罚。行政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。

委托行政机关对受委托的组织实施行政处罚的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。

受委托组织在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政处罚；不得再委托其他任何组织或者个人实施行政处罚。

### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第十九条 受委托组织必须符合以下条件：

（一）依法成立的管理公共事务的事业组织；

（二）具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员；

（三）对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。

第二十条 行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。

#### 《治安管理处罚法》

第九十一条 治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。

## 法条精解

1. 注意本法第 16 条的综合性执行机关规定及其但书的规定，限制人身自由的行政处罚只能由公安机关行使。

2. 重点掌握本法第 18 条规定的委托行政处罚：①禁止委托不符合条件的组织或个人实施行政处罚（第 1 款）；②禁止受委托组织的再委托行为（第 3 款）；③受委托组织以委托行政机关名义实施行政处罚（第 3 款）；④委托行政机关对受委托组织的实施行政处罚行为负责（第 2 款）。

3. 治安管理处罚的决定机关。

## 真题示例

1. （四川 2008 - 2 - 50）某省政府根据国务院的授权，决定由城建规划局统一行使数个政府职能部门的行政处罚权。根据《行政处罚法》的规定，城建规划局不能行使下列哪一项职权？

A. 交通管理部门的罚款权

B. 环境保护局的罚款权

C. 公安机关的行政拘留权

D. 工商行政管理部门的吊销营业执照权

答案：C。

解析：《行政处罚法》第 16 条规定，国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。因此，C 项说法正确。

2. （2004 - 2 - 75）关于行政处罚和行政许可行为，下列哪些说法是不正确的？

A. 行政处罚和行政许可的设定机关均应定期对其设定的行政处罚和行政许可进行评价

B. 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，可依授权行使行政处罚权和行政许可权

C. 行政机关委托实施行政处罚和行政许可的组织应当是依法成立的管理公共事务的事业组织

D. 行政机关依法举行听证的，应当根据听证笔录作出行政处罚决定和行政许可决定

答案：ACD。

解析：依据《行政许可法》第 20 条，A 错。依据《行政许可法》第 23 条和《行政处罚法》第 17 条，B 正确。依据《行政许可法》第 24 条和《行政处罚法》第 18 条，C 错，依据《行政许可法》第 48 条和



《行政处罚法》第38条和第43条，D错。

3. (2007-2-86) 运输公司指派本单位司机运送白灰膏。由于泄漏，造成沿途路面大面积严重污染。司机发现后即向公司汇报。该公司即组织人员清扫被污染路面。下列哪些选项是正确的？

- A. 路面被污染的沿途三个区的执法机关对本案均享有管辖权，如发生管辖权争议，由三个区的共同上级机关指定管辖
- B. 对该运输公司应当依法从轻或者减轻行政处罚
- C. 本案的违法行为人是该运输公司
- D. 本案的违法行为人是该运输公司和司机

答案：ABC。

解析：根据《行政处罚法》第20条的规定，因为司机在运输途中，对沿途的路面都造成了污染，所以沿途三个区的执法机关都享有管辖权。对于执法机构的管辖争议，根据第21条的规定，应由共同上一级行政机关指定，所以A项的说法是正确的。本案中，运输公司在污染事故发生后立即组织清扫，主动减轻路面被污染的后果，因此根据《行政处罚法》第27条的规定，应当对运输公司从轻或减轻处罚。所以B项是正确的。本案中，司机受单位的指派运送白石膏，其行为属于职务行为，并不是司机的个人行为，因此本案的违法行为人应是运输公司，而不是司机个人，所以C项是正确的，D项是错误的。

### 重点法条

第二十条 行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。

#### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第二十一条 对管辖发生争议的，报请共同的上一级行政机关指定管辖。

第二十二条 违法行为构成犯罪的，行政机关必须将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。

第二十三条 行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。

第二十四条 对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。

### 法条精解

1. 一事不再罚是指针对一个不法行为，不能给予两次或两次以上的同一种类的行政处罚。包含两层意思：

- (1) 针对一个违法行为，一个处罚主体或者多个处罚主体不得根据同一个法律规范再次作出处罚；
- (2) 针对一个违法行为，一个处罚主体或者多个处罚主体不得根据不同法律规范作出同一种类的处罚。

2. 行政处罚的主体的确定：

- (1) 须是县级以上人民政府。
- (2) 具有行政处罚权的行政机关。
- (3) 法律行政法规另有规定的除外。

### 重点法条

第二十五条 不满十四周岁的人有违法行为的，不予行政处罚，责令监护人加以管教；已满十四周岁不满十八周岁的人有违法行为的，从轻或者减轻行政处罚。

#### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第二十六条 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的，不予行政处罚，但应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性精神病人在精神正常时有违法行为的，应当给予行政处罚。

第二十七条 当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：

- (一) 主动消除或者减轻违法行为危害后果的；
- (二) 受他人胁迫有违法行为的；
- (三) 配合行政机关查处违法行为有立功表现的；
- (四) 其他依法从轻或者减轻行政处罚的。





违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。

### 《治安管理处罚法》

第九条 对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。

第十二条 已满十四周岁不满十八周岁的人违反治安管理的，从轻或者减轻处罚；不满十四周岁的人违反治安管理的，不予处罚，但是应当责令其监护人严加管教。

第十三条 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候违反治安管理的，不予处罚，但是应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候违反治安管理的，应当给予处罚。

第十四条 盲人或者又聋又哑的人违反治安管理的，可以从轻、减轻或者不予处罚。

第十五条 醉酒的人违反治安管理的，应当给予处罚。

醉酒的人在醉酒状态中，对本人有危险或者对他人的人身、财产或者公共安全有威胁的，应当对其采取保护性措施约束至酒醒。

第十九条 违反治安管理有下列情形之一的，减轻处罚或者不予处罚：

- (一) 情节特别轻微的；
- (二) 主动消除或者减轻违法后果，并取得被侵害人谅解的；
- (三) 出于他人胁迫或者诱骗的；
- (四) 主动投案，向公安机关如实陈述自己的违法行为的；
- (五) 有立功表现的。

第二十条 违反治安管理有下列情形之一的，从重处罚：

- (一) 有较严重后果的；
- (二) 教唆、胁迫、诱骗他人违反治安管理的；
- (三) 对报案人、控告人、举报人、证人打击报复的；
- (四) 六个月内曾受过治安管理处罚的。

第二十一条 违反治安管理行为人有下列情形之一的，依照本法应当给予行政拘留处罚的，不执行行政拘留处罚：

- (一) 已满十四周岁不满十六周岁的；
- (二) 已满十六周岁不满十八周岁，初次违反治安管理的；
- (三) 七十周岁以上的；
- (四) 怀孕或者哺乳自己不满一周岁婴儿的。

### 法条精解

以上条文是关于行政处罚具体适用的规定，很细致，做到尽量熟悉（可以比照刑法上的刑罚适用）。

1. 不予行政处罚的有三种情况：①不满14周岁；②精神病人；③违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的。

2. 一般行政处罚行为应当依法从轻、减轻行政处罚的有两类情况：①已满14周岁不满18周岁的；②本法第27条所列的四种情形。

3. 《治安管理处罚法》的一些特殊、更细致的规定：①《治安管理处罚法》第15条规定的保护性措施在性质上属于行政强制措施；②该法第21条规定的是不执行行政拘留的情形，如属于应当处罚的情形应当作出处罚决定，但不执行；③该法第9条规定：如当事人服从调解，达成协议并履行，则不予处罚，但没有达成协议或不履行，则应当予以处罚。调解协议并不具有强制执行力，当事人仍然可以提起民事诉讼。

### 真题示例

（四川2008-2-100）某县食品药品监督管理局认定张某销售假药，作出罚款5000元的决定（1号决定）。该局将决定书送达张某后发现文字错误，遂予以撤销并作出处罚内容相同的决定（2号决定），但决定书上加盖了该局前身某县药品监督管理局的印章。张某不服提起行政诉讼，诉讼期间，该局撤销了2号决定书，作出罚款3000元的决定（3号决定）。下列说法正确的是：

- A. 2号决定与1号决定错误性质相同,属于文字错误
- B. 对同一行为给予三次处罚,既违反一事不再罚要求又构成反复无常
- C. 某县食品药品监督管理局撤销2号决定书、作出3号决定应在一审期间内进行
- D. 张某对3号决定不服起诉的,法院应当依法审查3号决定

答案:D。

**解析:**1号决定属于文字错误,2号决定属于签章错误,两者错误的性质是不相同的。因此,A说法错误。在上述3个决定中,每个决定都是对前一决定的纠正,即后一决定的作出都是对前一决定的否认,后一决定生效的同时前一决定就失效了。因此,不存在三个决定都生效的情况,也就不存在违反一事不再罚原则的情况。因此,B说法错误。某县食品药品监督管理局撤销2号决定书,作出3号决定书的行为可以在复议期间进行,可以在一审期间进行,也可以在二审期间进行,没有必须在一审期间进行的限制规定。因此,C说法错误。《若干解释》第50条第2款规定,原告或者第三人对改变后的行为不服提起诉讼的,人民法院应当就改变后的具体行政行为进行审理。因此,D说法正确。

## 重点法条

第二十九条 违法行为在两年内未被发现的,不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。

前款规定的期限,从违法行为发生之日起计算;违法行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。

### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

第二十二条 违反治安管理行为在六个月内没有被公安机关发现的,不再处罚。

前款规定的期限,从违反治安管理行为发生之日起计算;违反治安管理行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。

## 法条精解

1. 行政处罚的追诉时效一般为2年;但违反治安管理行为在6个月内公安机关没有发现的,不再处罚。但期间的起算点是一致的。

2. 掌握行政处罚的追诉时效起算点(第2款),追诉的期限是从违法行为发生之日起计算的;如果违法行为有连续或者继续持续状态的,从行为终了之日起计算。连续是指一定时间内多次,而继续是指一次持续了很长时间。可以类比刑法上关于连续犯和继续犯的原理。

## 真题示例

1. (2003-2-26) 李某自1997年4月起开始非法制造、贩卖匕首,至次年1月停止。1998年8月公安机关根据举报发现了李某的违法行为。下列哪一种说法是正确的?

- A. 对李某违法行为的追究时效应从1997年4月起算
- B. 公安机关不应对李某予以处罚
- C. 李某系主动停止违法行为,可以从轻处罚
- D. 若李某配合查处违法行为,应当减轻处罚

答案:B。

**解析:**依据《行政处罚法》第29条和《治安管理处罚条例》第18条规定,选项B正确。

2. (2004-2-44) 1997年5月,万达公司凭借一份虚假验资报告在某省工商局办理了增资的变更登记,此后连续四年通过了工商局的年检。2001年7月,工商局以办理变更登记时提供虚假验资报告为由对万达公司作出罚款1万元,责令提交真实验资报告的行政处罚决定。2002年4月,工商局又作出撤销公司变更登记,恢复到变更前状态的决定。2004年6月,工商局又就同一问题作出吊销营业执照的行政处罚决定。关于工商局的行为,下列哪一种说法是正确的?

- A. 2001年7月工商局的处罚决定违反了行政处罚法关于时效的规定
- B. 2002年4月工商局的处罚决定违反了一事不再罚原则
- C. 2004年6月工商局的处罚决定是对前两次处罚决定的补充和修改,属于合法的行政行为
- D. 对于万达公司拒绝纠正自己违法行为的情形,工商局可以违法行为处于持续状态为由作出处罚

答案:A。





**解析：**根据《行政诉讼法》第29条的规定，万达公司的违法行为不存在法律规定的连续或者继续状态，自该行为终了之日作出处罚决定之时，已经超过了2年的诉讼时效，应不再给予行政处罚。因此A的说法正确，D的说法错误。《行政处罚法》第24条规定的一事不再罚原则主要是针对罚款的，不包括不同种类的处罚措施的并用；而2004年6月工商局的处罚决定是一种单独、独立的处罚决定，既非对前两次处罚决定的补充和修改，同时也因为第一次行政处罚行为的无效而非法。据此，B和C的说法错误。

## 重点法条

**第三十一条** 行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利。

**第四十一条** 行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。

### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

**第八十三条** 对违反治安管理行为人，公安机关传唤后应当及时询问查证，询问查证的时间不得超过八小时；情况复杂，依照本法规定可能适用行政拘留处罚的，询问查证的时间不得超过二十四小时。

公安机关应当及时将传唤的原因和处所通知被传唤人家属。

## 法条精解

1. 了解作出处罚决定时行政机关告知的具体事项以及行政相对人的两项权利（陈述权、申辩权）。
2. 重点掌握本法第41条：违反本法第31条、第32条程序性规定的，行政处罚不能成立，但当事人自动弃权的除外。
3. 了解治安管理处罚中的传唤程序：关注询问查证的时间限制。

## 重点法条

**第三十三条** 违法事实确凿并有法定依据，对公民处以五十元以下、对法人或者其他组织处以一千元以下罚款或者警告的行政处罚的，可以当场作出行政处罚决定。当事人应当依照本法第四十六条、第四十七条、第四十八条的规定履行行政处罚决定。

### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

**第一百条** 违反治安管理行为事实清楚，证据确凿，处警告或者二百元以下罚款的，可以当场作出治安管理处罚决定。

## 法条精解

一般情况下，行政处罚决定都应当经过调查程序，由行政机关负责人作出处罚决定，但是特殊情况下，可以当场作出行政处罚决定，条件是：①违法事实确凿并有法定依据，《治安管理处罚法》规定为事实清楚，证据确凿。两者并无实质性差异。②轻微处罚：对公民处以50元以下、对法人或者其他组织处以1000元以下罚款或者警告；但《治安管理处罚法》规定为警告或者200元以下罚款的，在治安管理处罚中，应当优先适用特别法规定，即优先适用《治安管理处罚法》。

## 真题示例

（2009-2-85）甲公司将承建的建筑工程承包给无特种作业操作资格证书的邓某，邓某在操作时引发事故。某省建设厅作出暂扣甲公司安全生产许可证三个月的决定，市安全监督管理局对甲公司罚款三万元。甲公司对市安全监督管理局罚款不服，向法院起诉。下列哪些选项是正确的？

- A. 如甲公司对某省建设厅的决定也不服，向同一法院起诉的，法院可以决定合并审理
- B. 市安全监督管理局不能适用简易程序作出罚款三万元的决定
- C. 某省建设厅作出暂扣安全生产许可证决定前，应为甲公司组织听证
- D. 因市安全监督管理局的罚款决定违反一事不再罚要求，法院应判决撤销



答案：AB。

解析：本题考查行政诉讼中的合并审理、行政处罚听证程序、行政处罚简易程序。根据《若干解释》第46条规定，本题属于上述第1项情形，故A项正确。根据《行政处罚法》第33条规定，市安全监督管理局不能适用简易程序作出罚款3万元的决定，故B项正确。根据《行政处罚法》第42条规定，暂扣安全生产许可证并不是听证范围，而且C项“应为甲公司组织听证”的说法也是错误的。一事不再罚原则中的“罚”是指罚款，本题中，省建设厅作出的是暂扣甲公司安全生产许可证的决定，所以市安全监督管理局的罚款决定并不违反一事不再罚要求，D项错误。

### 重点法条

第三十七条 行政机关在调查或者进行检查时，执法人员不得少于两人，并应当向当事人或者有关人员出示证件。当事人或者有关人员应当如实回答询问，并协助调查或者检查，不得阻挠。询问或者检查应当制作笔录。

行政机关在收集证据时，可以采取抽样取证的方法；在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存，并应当在七日内及时作出处理决定，在此期间，当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。

执法人员与当事人有直接利害关系的，应当回避。

### 法条精解

这是对行政处罚的调查程序以及调查方式的规定，司法考试曾经多次考查到，对于调查的程序性规定，我们应该掌握。

### 真题示例

1.（四川2008-2-88）某市监察局经初步调查，认定该市教育局局长魏某在出国考察期间有严重违纪行为，决定对其进行查处。依据《行政监察法》，下列哪些选项是正确的？

- A. 对魏某的调查属重要检查事项，立案应报市政府和省级监察机关备案
- B. 某市监察局可以责令魏某在指定地点就有关问题作出解释。若不配合，该局有权扣留魏某
- C. 在调查期间，监察局可以作出暂停魏某执行职务的决定
- D. 经调查认定魏某不存在违纪事实，监察局应撤销此案并告知某市教育局及其上级机关

答案：AD。

解析：根据《行政监察法》第30条的规定，A的说法是正确的。根据该法第31条的规定，D是正确的。根据该法第20条的规定，B、C的说法是不正确的。本题正确答案是AD。

2.（2003-2-98）卫生防疫站对王某经营的餐馆进行卫生检查，发现厨师在操作间未戴帽子，备用餐具有油腻及小飞虫，当场制作了检查笔录。两天后对王某处以200元罚款。王某不服向法院起诉，卫生防疫站向法院提供了检查笔录。下列何种说法是正确的？

- A. 检查笔录应至少有2名执法人员的签名
- B. 检查笔录应加盖卫生防疫站的公章
- C. 检查笔录必须有当事人的签名
- D. 法院对检查笔录进行审查时，制作笔录的执法人员必须出庭

答案：A。

解析：依据《行政处罚法》第37条的规定，A正确。依据《证据规定》第15条规定，B、C项错误。依《证据规定》第44条的规定，D错误。

### 重点法条

第三十九条 行政机关依照本法第三十八条的规定给予行政处罚，应当制作行政处罚决定书。行政处罚决定书应当载明下列事项：

- （一）当事人的姓名或者名称、地址；
- （二）违反法律、法规或者规章的事实和证据；
- （三）行政处罚的种类和依据；





(四) 行政处罚的履行方式和期限;

(五) 不服行政处罚决定, 申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限;

(六) 作出行政处罚决定的行政机关名称和作出决定的日期。

行政处罚决定书必须盖有作出行政处罚决定的行政机关的印章。

### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第三十八条 调查终结, 行政机关负责人应当对调查结果进行审查, 根据不同情况, 分别作出如下决定:

(一) 确有应受行政处罚的违法行为的, 根据情节轻重及具体情况, 作出行政处罚决定;

(二) 违法行为轻微, 依法可以不予行政处罚的, 不予行政处罚;

(三) 违法事实不能成立的, 不得给予行政处罚;

(四) 违法行为已构成犯罪的, 移送司法机关。

对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚, 行政机关的负责人应当集体讨论决定。

### 法条精解

本条是对行政处罚的处罚决定书应载明事项的规定, 属于识记性知识点, 需要考生掌握。调查终结行政处罚机关作出决定的几种情况要牢记。其中违法行为轻微的可以不予行政处罚, “可以”是指可以进行行政处罚, 也可以不进行行政处罚, 这里涉及一个行政处罚机关的自由裁量权的问题。情节复杂的, 或者重大违法行为给予较重的行政处罚的, 行政机关负责人应集体讨论, 这点比较重要, 是一种程序性的规定, 要重视。

### 重点法条

第四十六条 作出罚款决定的行政机关应当与收缴罚款的机构分离。

除依照本法第四十七条、第四十八条的规定当场收缴的罚款外, 作出行政处罚决定的行政机关及其执法人员不得自行收缴罚款。

当事人应当自收到行政处罚决定书之日起十五日内, 到指定的银行缴纳罚款。银行应当收受罚款, 并将罚款直接上缴国库。

第四十七条 依照本法第三十三条的规定当场作出行政处罚决定, 有下列情形之一的, 执法人员可以当场收缴罚款:

(一) 依法给予二十元以下的罚款;

(二) 不当场收缴事后难以执行的。

第四十八条 在边远、水上、交通不便地区, 行政机关及其执法人员依照本法第三十三条、第三十八条的规定作出罚款决定后, 当事人向指定的银行缴纳罚款确有困难, 经当事人提出, 行政机关及其执法人员可以当场收缴罚款。

### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

第一百零四条 受到罚款处罚的人应当自收到处罚决定书之日起十五日内, 到指定的银行缴纳罚款。但是, 有下列情形之一的, 人民警察可以当场收缴罚款:

(一) 被处五十元以下罚款, 被处罚人对罚款无异议;

(二) 在边远、水上、交通不便地区, 公安机关及其人民警察依照本法的规定作出罚款决定后, 被处罚人向指定的银行缴纳罚款确有困难, 经被处罚人提出的;

(三) 被处罚人在当地没有固定住所, 不当场收缴事后难以执行的。

### 法条精解

以上规定的一个难点, 是许多考生没有分清《行政处罚法》第33条当场作出处罚决定与《行政处罚法》第47条、第48条当场收缴罚款的区别。二者虽然有关联性, 但区别是首要的: 并非所有当场罚款决定都可以当场收缴罚款。故不要将当场作出罚款决定与当场收缴罚款混为一谈, 前者是决定程序, 后者是执行程序。《治安管理处罚法》提高了当场收缴罚款的限额。

## 重点法条

第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织：

（一）当事人要求听证的，应当在行政机关告知后三日内提出；

（二）行政机关应当在听证的七日前，通知当事人举行听证的时间、地点；

（三）除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行；

（四）听证由行政机关指定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避；

（五）当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理；

（六）举行听证时，调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议；当事人进行申辩和质证；

（七）听证应当制作笔录；笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。

当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的，依照治安管理处罚条例有关规定执行。

### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

第九十八条 公安机关作出吊销许可证以及处二千元以上罚款的治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人有权要求举行听证；违反治安管理行为人要求听证的，公安机关应当及时依法举行听证。

## 法条精解

听证程序一直是司法考试的一个热点。有关听证程序的知识点集中体现在第42条上。注意：

1. 处罚决定程序有两种：即简易程序和一般程序。听证程序是处罚决定中的特殊程序而非独立程序。

2. 听证程序适用条件。①必须符合法定的处罚案件的种类，即责令停产停业、吊销许可证或执照、较大数额罚款等处罚适用听证程序；治安管理处罚中，公安机关作出吊销许可证以及处2000元以上罚款的治安管理处罚决定即适用听证程序。②必须有当事人听证的请求，只有相对人请求听证的，行政机关才能进行听证（但行政机关有义务告知相对人此项权利）。对此，有读者误将举行听证的行政处罚种类与当事人要求举行听证当作听证程序适用的两种情形混淆。实际上，如前所述，这是听证程序适用的条件，应同时具备方可举行，而非只要有其中的一个情形即可适用听证程序。

3. 对于听证程序的实施规则：①当事人不承担听证费用。②原则上公开举行，此处有三个例外：涉及国家秘密；涉及商业秘密；涉及个人隐私。③主持人为非本案调查人员。④应制作笔录。

## 重点法条

第四十五条 当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的，行政处罚不停止执行，法律另有规定的除外。

### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

第一百零七条 被处罚人不服行政拘留处罚决定，申请行政复议、提起行政诉讼的，可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请。公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险的，由被处罚人或者其近亲属提出符合本法第一百零八条规定条件的担保人，或者按每日行政拘留二百元标准交纳保证金，行政拘留的处罚决定暂缓执行。

第一百一十条 被决定给予行政拘留处罚的人交纳保证金，暂缓行政拘留后，逃避行政拘留处罚的执行的，保证金予以没收并上缴国库，已经作出的行政拘留决定仍应执行。

第一百一十一条 行政拘留的处罚决定被撤销，或者行政拘留处罚开始执行的，公安机关收取的保证金应当及时退还交纳人。

## 法条精解

以上规定属于行政法常识。即申请行政复议和提起行政诉讼期间，不停止执行行政处罚，这是原则。





但须注意掌握《治安管理处罚法》所规定的暂缓执行行政拘留决定的情形。暂缓执行的要求有两个：一个是必须依申请，另一个是公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险，还要有担保人，或者按日缴纳保证金。

### 真题示例

(2008-2-42) 某区公安局派出所突击检查孔某经营的娱乐城，孔某向正在赌博的人员通风报信，派出所突击检查一无所获。派出所工作人员将孔某带回调查，孔某因受到逼供而说出实情。派出所据此决定对孔某拘留 10 日，孔某不服提起诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 在作出拘留决定前，孔某有权要求举行听证
- B. 对孔某的拘留决定违法
- C. 某区公安分局派出所是本案被告
- D. 因孔某起诉，公安机关应暂缓执行拘留决定

答案：B。

解析：依据《行政处罚法》第 42 条规定，A 项错误，不选。依据《治安管理处罚法》第 91 条规定，B 项说法正确，应选。依据《国赔解释》第 12 条第 2 款规定，该派出所没有拘留的处罚权，属于种类越权，因此，被告应该是区公安分局，而非是该派出所，因此 C 项错误。依据《行政处罚法》第 45 条规定，除非有法律的特别规定，否则，孔某虽然起诉，但是公安机关不停止行政处罚的执行，因此，D 项错误。

### 重点法条

第四十九条 行政机关及其执法人员当场收缴罚款的，必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据；不出具财政部门统一制发的罚款收据的，当事人有权拒绝缴纳罚款。

### 法条精解

该条曾经考过，完全是对法条的考查，所以考生要牢记，值得注意的是收据的制发部门是省级的财政部门，较之更低的部门是不行的。

### 真题示例

(2005-2-82) 根据行政处罚法的规定，下列哪些说法是正确的？

- A. 违法行为轻微，及时纠正没有造成危害后果的，应当依法减轻对当事人的行政处罚
- B. 行政机关使用非法定部门制发的罚款单据实施处罚的，当事人有权拒绝处罚
- C. 对情节复杂的违法行为给予较重的行政处罚，应由行政机关的负责人集体讨论决定
- D. 除当场处罚外，行政处罚决定书应按照民事诉讼法的有关规定在 7 日内送达当事人

答案：BC。

解析：根据《行政处罚法》第 27 条规定，A 错误。根据该法第 56 条规定，选项 B 正确。根据该法第 38 条第 2 款规定，选项 C 正确。选项 D 中“除当场处罚外”错误，应当是“除在宣告后当场交付当事人外”。

### 重点法条

第五十条 执法人员当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起 2 日内，交至行政机关；在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起 2 日内交至行政机关；行政机关应当在 2 日内将罚款缴付指定的银行。

### 法条精解

当场收缴罚款的上交流程是：执法人员上交行政机关，再由行政机关上交指定银行。注意时间的规定，一般是 2 日，在水上的是自上岸后 2 日内，关键数字是“2”。

### 真题示例

(2004-2-50) 王某擅自使用机动渔船渡客。渔船行驶过程中，被某港航监督站的执法人员发现，当场对王某作出罚款 50 元的行政处罚，并立即收缴了该罚款。关于缴纳罚款，下列哪一做法是正确的？



- A. 执法人员应当自抵岸之日起 2 日内将罚款交至指定银行
- B. 执法人员应当自抵岸之日起 5 日内将罚款交至指定银行
- C. 执法人员应当自抵岸之日起 2 日内将罚款交至所在行政机关，由行政机关在 2 日内缴付指定银行
- D. 执法人员应当自抵岸之日起 2 日内将罚款交至所在行政机关，由行政机关在 5 日内缴付指定银行

答案：C。

解析：《行政处罚法》第 50 条规定，执法人员当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起 2 日内，交至行政机关；在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起 2 日内交至行政机关；行政机关应当在 2 日内将罚款缴付指定的银行。

## 重点法条

第五十一条 当事人逾期不履行行政处罚决定的，作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施：

- (一) 到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的百分之三加处罚款；
- (二) 根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款；
- (三) 申请人民法院强制执行。

## 法条精解

1. 留意以上三种行政处罚强制执行措施。
2. 注意本条第 1 项规定的数额是 3% 而非 3‰。

## 真题示例

1. (2005-2-80) 某县公安局因彭某拒绝交纳罚款，将彭某汽车扣押。一个月后，该局通知彭某将汽车领回，但该车在扣押期间被使用，因发生交通事故遭到部分损坏。下列哪些说法是正确的？

- A. 某县公安局的扣车行为是一种行政强制措施
- B. 某县公安局的扣车行为应当有法律、行政法规或者地方性法规的授权，否则构成违法
- C. 某县公安局退回被扣的汽车即可视为对扣车行为违法性的确认
- D. 某县公安局应满足彭某提出赔偿其汽车维修费、养路费和汽车停运期间的收入损失的要求

答案：AB。

解析：县公安局的扣车行为并不能强制彭某缴纳罚款义务的履行或达到履行义务相同的状态，因此不属于行政强制执行，而属于行政强制措施。故选项 A 正确。根据《国赔解释》第 87 条，选项 B 正确。县公安局退回被扣的汽车，可以认定为解除行政强制措施。行政强制措施具有目的性和临时性，目的实现即应解除。所以，解除行政强制措施，并不意味着先前采取的行政强制措施违法，也可能意味着目的已经实现，或行政机关认为没有必要采取强制措施。据此，选项 C 错误。县公安局在扣车期间使用该车，属于违法行为，县公安局依法对事故损坏应当承担行政赔偿义务。但是，扣车期间该车的养路费和停运收入损失是否赔偿，取决于县公安局的扣车行为是否合法。根据《行政处罚法》第 51 条第 2 项的规定，本案中县公安局的扣车行为合法，当然也就没有赔偿该车的养路费和停运收入损失的问题。综上，选项 D 错误。

2. (2004-2-78) 某市技术监督局根据举报，对力青公司进行突击检查，发现该公司正在生产伪劣产品，立即查封了厂房和设备，事后作出了没收全部伪劣产品并处罚款的决定。力青公司既不申请行政复议，也不提起行政诉讼，且逾期拒绝履行处罚决定。对于力青公司拒绝履行处罚决定的行为，技术监督局可以采取下列哪些措施？

- A. 申请人民法院强制执行
- B. 将查封的财物拍卖抵缴罚款
- C. 通知银行将力青公司的存款划拨抵缴罚款
- D. 每日按罚款数额的 3% 加处罚款

答案：AD。

解析：依据《行政处罚法》第 51 条规定，正确答案是 A 和 D。

# 《行政复议法》

## 重点法条

第五条 公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的，可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提



起行政诉讼，但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。

## 法条精解

该条涉及行政复议的一些基础理论，需要展开。

行政复议是一种具有行政与司法双重性质的活动，在本质上属于行政救济制度。行政复议的首要宗旨，应该是保护行政相对人的合法权益，复议机关作为独立于争议双方之外的第三者，以准司法程序来审理特定的行政争议。既然同为行政司法程序，就得讨论行政复议与行政诉讼之间的关系。第5条概括规定了行政复议与行政诉讼在程序上的衔接。在我国现行法上，可分为：

1. 选择型：由行政相对人在行政复议与行政诉讼之间自由选择，在选择了行政复议后如对复议决定不服仍可以提起行政诉讼。绝大多数列入司法考试范围的法律、法规大多是这样规定的。这种模式坚持司法最终裁决原则。

2. 选择兼终局型：由行政相对人自由选择行政复议与行政诉讼，一经选择复议后即不得提起诉讼，如《公民出境管理法》、《外国人出入境管理法》即是如此规定。该模式部分构成司法最终裁决的例外。

3. 必经型：行政复议是行政诉讼的必经程序，又称复议先行（前置）。行政相对人不服具体行政行为的须先向行政机关申请复议，如不服行政复议，再行起诉，未经复议不得起诉，如本法第30条第1款。该模式坚持司法最终裁决原则。须注意：复议前置仅限于法律、法规的特别规定。

4. 复议终局型：以行政复议决定为终局决定，行政相对人只能申请复议，不能提起诉讼且复议决定产生最终的法律效力。如本法第30条第2款的规定。该模式是司法最终裁决原则的彻底例外，须由法律明文规定。

行政复议是行政系统内部解决行政争议的制度，由此与独立的法院解决行政争议的行政诉讼存在许多区别，其中最显著的区别是：

（1）审查范围不同：法院只审查具体行政行为的合法性而不审查其是否适当；复议机关不仅审查具体行政行为是否合法且审查其是否适当。行政诉讼是“不告不理”，行政复议则是“有错必纠”，这就意味着复议的范围不局限于申请人的申请，行政复议的审查范围大于行政诉讼。

（2）受案范围不同：凡是能够提起行政诉讼的行政争议，行政相对人都可以申请复议，反之不然，如复议终局型的行政争议的解决。

## 真题示例

（2002-2-96）A市张某到C市购货，因质量问题，张某拒绝支付全部货款，双方发生纠纷后货主即向公安机关告发。C市公安机关遂以诈骗嫌疑将张某已购货物扣留，并对张某采取留置盘问审查措施。两天后释放了张某，但并未返还所扣财物。张某欲提起行政诉讼。如张某寻求救济，下列哪种说法是正确的？

- A. 张某可直接向法院起诉
- B. 张某可先提起复议，对复议决定不服再起诉
- C. 张某只能申请复议，不能提起行政诉讼
- D. 张某既可以直接起诉，也可以先经复议对复议决定不服再起诉。

答案：ABD。

解析：根据《行政诉讼法》第37条和第5条的规定，对具体行政行为不服，可以不经复议而直接起诉是原则，必须经复议才能起诉是例外；诉讼终局是原则，复议终局是例外，那么，既然法律、法规未规定对这种限制人身自由的行政强制措施不服时，须先经复议，那当事人就有权选择复议或诉讼。因此选ABD三项。

## 重点法条

第六条 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：

- （一）对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的；
- （二）对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的；
- （三）对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的；
- （四）对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；



(五) 认为行政机关侵犯合法的经营自主权的;

(六) 认为行政机关变更或者废止农业承包合同, 侵犯其合法权益的;

(七) 认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的;

(八) 认为符合法定条件, 申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书, 或者申请行政机关审批、登记有关事项, 行政机关没有依法办理的;

(九) 申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责, 行政机关没有依法履行的;

(十) 申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费, 行政机关没有依法发放的;

(十一) 认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

第八条 不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的, 依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。

不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理, 依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

## 法条精解

1. 本法第6条规定了可以申请行政复议的范围, 共计11项, 与《行政诉讼法》第11条相比虽有不同, 但并不表明没明确列入行政复议范围的就不能提起复议, 依照前述复议与诉讼的关系, 大多均可提起复议。

2. 本法第8条排除三种行政复议情形, 不同于《行政诉讼法》第12条的规定, 这三种情形有:

(1) 不服行政处分及其他人事处理决定(依《行政监察法》第18条, 属行政监察申诉对象)。

(2) 不服行政机关对民事纠纷作出的调解和其他处理的。依据《环境保护法》第41条规定, 环保部门就环境污染损害赔偿所作出的处理决定, 不服可提起民事诉讼, 不得提起行政诉讼或申请复议。

(3) 抽象行政行为。抽象行政行为原则上不作为行政复议对象, 但有例外, 详见下文。

## 真题示例

1. (2003-2-25) 某大学对教师甲的工资和职称问题作出处理意见。甲不服多次向有关部门上访。3年后, 某大学根据市教委的要求, 对甲反映的问题再次调查研究, 形成材料后报市教委。市教委拟写了《关于甲反映问题及处理情况》的报告, 呈报省教委, 并抄送甲。该报告载明: “我委原则上同意该校对甲的处理意见, 现将此材料报请你委阅示”。甲不服, 就市教委的报告向市政府申请行政复议。下列关于甲的复议申请的表述哪一个是正确的?

A. 属于行政复议范围, 因该报告抄送甲, 已经涉及甲的权益

B. 不属于行政复议范围, 因该报告还没有经过上级机关批准, 没有对甲发生法律效力

C. 不属于行政复议范围, 因该报告是下级向上级的报告, 是内部行为

D. 不属于行政复议范围, 因该报告是重复处理行为

答案: B。

解析: 《行政复议法》规定的所谓的行政复议范围是行政相对人对具体行政行为不服依法可以向行政复议机关请求审查的范围。A选项是错误的, 行为对权益的影响是判断是否属于行政复议范围的因素之一。本案中, 虽然教委的报告涉及甲的权益, 但是还没有实际影响到甲的实际权益。B项正确。市教委呈报给省教委的《关于甲反映问题及处理情况》的报告, 是下级行政机关对上级行政机关的报告, 是内部请示行为, 报告中的意见需要经过省教委的审批, 才能最终形成对甲的行政处理意见。而在此之前, 该报告内容并未最终成型, 而是处于效力未定的状态, 因此不可能对外发生法律效力。C项错误。所谓的内部行为并不是是否属于行政复议范围的决定因素, 如果内部行为实际影响到了相对人的合法权益, 也应该纳入到行政复议范围之内。D项错误。本案中教委的行为表面看上去似乎有重复的表象, 但是重复处理行为的特征是必须有两次行为, 而本案连一次正式决定还没有作出, 根本谈不上定性为重复处理行为。

2. (2003-2-73) 甲乙两村因某一土地所有权发生争议, 县人民政府将该土地确定为甲村所有, 乙村在法定期限内没有向法院起诉, 但仍继续占有并使用该片土地。下列说法哪些是正确的?

A. 甲村无权向人民法院申请强制执行

B. 县政府可以向人民法院申请强制执行

C. 甲村可以要求县政府履行法定职责

D. 甲村可以对乙村提起民事诉讼

答案: BCD。

解析: A错误, BCD正确。依据《国赔解释》第90条和《行政复议法》第8条规定, 此处的“诉讼”是指民事诉讼, 而不得提起行政诉讼或申请行政复议。





第七条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请：

- (一) 国务院部门的规定；
- (二) 县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；
- (三) 乡、镇人民政府的规定。

前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。

第二十六条 申请人在申请行政复议时，一并提出对本法第七条所列有关规定的审查申请的，行政复议机关对该规定有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理，有权处理的行政机关应当在六十日内依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查。

第二十七条 行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时，认为其依据不合法，本机关有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查。

### 【关联法条】

#### 《复议法实施条例》

第二十六条 依照行政复议法第七条的规定，申请人认为具体行政行为所依据的规定不合法的，可以在对具体行政行为申请行政复议的同时一并提出对该规定的审查申请；申请人在对具体行政行为提出行政复议申请时尚不知道该具体行政行为所依据的规定的，可以在行政复议机关作出行政复议决定前向行政复议机关提出对该规定的审查申请。

### 法条精解

1. 本法第7条规定对行政规定可以提出审查申请，但注意：

(1) 注意第1款可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请中的“一并”二字：不能单独提出，只能附带提出。据《行政复议法实施条例》第26条规定，附带审查申请可以在复议申请提出时提出，也可以在复议审理过程中提出。

(2) 国务院的行政法规、决定和命令，部门规章和地方政府规章，不属于能提出申请审查的行政规定。

2. 关于第26条、第27条的适用：

(1) 第26条适用于申请提出附带审查申请的情形；第27条适用于以下两种情形：申请人没有提出附带审查申请；具体行政行为的“依据”不是能提出申请审查的“行政规定”。

(2) 依第26条的规定，无权处理的，转送有权处理的行政机关依法处理（注意：行政机关），并限定60日；依第27条的规定，无权处理的，转送有权处理的国家机关依法处理（注意：不限于行政机关），没有限定处理期限。举例：某区工商局根据区政府规定对某企业罚款2万元。该企业不服，向市工商局申请复议。如该企业提出附带审查区政府规定的申请，市工商局可以将区政府规定转送市政府处理，但不能转送市人大常委会处理；如果该企业没有提出附带审查申请，而市工商局认为区政府规定不合法的，可以转送市政府处理，也可以转送市人大常委会处理。

### 真题示例

1. (2008-2-84) 为严格本地生猪屠宰市场管理，某县政府以文件形式规定，凡本县所有猪类屠宰单位和个人，须在规定的期限内到生猪管理办公室申请办理生猪屠宰证，违者予以警告或罚款。个体户张某未按文件规定申请办理生猪屠宰证，生猪管理办公室予以罚款200元。下列哪些说法是错误的？

- A. 若张某在对罚款不服申请复议时一并对县政府文件提出审查申请，复议机关应当转送有权机关依法处理
- B. 某县政府的文件属违法设定许可和处罚，有权机关应依据《行政处罚法》和《行政许可法》对相关负责人给予行政处分
- C. 生猪管理办公室若以自己名义作出罚款决定，张某申请复议应以其为被申请人
- D. 若张某直接向法院起诉，应以某县政府为被告



答案：ABC。

解析：依据《行政复议法》第7条和第26条规定，生猪管理办公室是县政府的一个工作部门，它没有权力进行行政处罚，因此，本案的复议被申请人是县政府，复议机关是县政府的上一级人民政府，该文件是县政府发布的，县政府的上一级人民政府有权对该文件作出处理，因此，A项说法错误，应选。某县政府的文件属违法设定许可和处罚，有权机关应该根据《行政复议法》第26条的规定进行处理，因此，B项说法错误，应选。生猪管理办公室是县政府的内部工作部门，没有法律、法规的授权，无权作出行政处罚的决定，因此，不能成为复议被申请人，C项说法错误，应选。生猪管理办公室的行为应该归于县政府，因此，如果张某提起行政诉讼的话，应该以某县政府为被告，D项说法正确。

2. (2003-2-70) 我国《种子法》规定，违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的，可处以1万元以上5万元以下罚款。某省人民政府在其制定的《某省种子法实施办法》中规定，违法经营、推广应当审定而未经审定通过的种子的，可处以3万元以上5万元以下罚款。下列说法哪些是正确的？

- A. 《实施办法》超越了《种子法》的规定，无效
- B. 《实施办法》没有超越《种子法》的规定，有效
- C. 国务院若认为《实施办法》超越了《种子法》的规定，有权予以撤销
- D. 受处罚人不服处罚申请行政复议的同时，可以对《实施办法》一并请求审查

答案：AC。

解析：地方规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。依据《立法法》第87条和第88条、《行政复议法》第7条的规定，选A和C项。

3. (2002-2-72) 刘某对市辖区土地局依据省国土资源厅的规定作出的一项行政处理决定不服提起行政复议，同时要求审查该规定的合法性。在此情况下，下列哪些说法是正确的？

- A. 市政府作为复议机关无权对省国土资源厅的规定进行处理
- B. 区政府作为复议机关应当将省国土资源厅的规定转送市政府处理
- C. 省政府有权对该规定进行处理
- D. 市土地局作为复议机关应当将审查省国土资源厅规定的请求转送省国土资源厅处理

答案：BCD。

解析：依据《行政复议法》第12条第1款的规定，对于本案区土地局的具体行政行为申请复议并附带审查该具体行政行为依据，应由市土地局或区政府为复议机关。而A项将市政府列为复议机关，错误。依据《行政复议法》第26条规定，复议机关在无权处理的情况下应转送有权处理机关处理，但B项中却将省国土资源厅的规定转送市政府处理，而市政府对此规定显属有权处理，因此B项正确。CD两项都提到处理机关，一为省政府，一为省国资厅，所以都正确。

## 重点法条

第九条 公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。

因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。

### 【关联法条】

#### 《复议法实施条例》

第十五条 行政复议法第九条第一款规定的行政复议申请期限的计算，依照下列规定办理：

- (一) 当场作出具体行政行为的，自具体行政行为作出之日起计算；
- (二) 载明具体行政行为法律文书直接送达的，自受送达人签收之日起计算；
- (三) 载明具体行政行为法律文书邮寄送达的，自受送达人在邮件签收单上签收之日起计算；没有邮件签收单的，自受送达人在送达回执上签名之日起计算；
- (四) 具体行政行为依法通过公告形式告知受送达人的，自公告规定的期限届满之日起计算；
- (五) 行政机关作出具体行政行为时未告知公民、法人或者其他组织，事后补充告知的，自该公民、法人或者其他组织收到行政机关补充告知的通知之日起计算；
- (六) 被申请人能够证明公民、法人或者其他组织知道具体行政行为的，自证据材料证明其知道具体行政行为之日起计算。

行政机关作出具体行政行为，依法应当向有关公民、法人或者其他组织送达法律文书而未送达的，视





为该公民、法人或者其他组织不知道该具体行政行为。

第十六条 公民、法人或者其他组织依照行政复议法第六条第（八）项、第（九）项、第（十）项的规定申请行政机关履行法定职责，行政机关未履行的，行政复议申请期限依照下列规定计算：

- （一）有履行期限规定的，自履行期限届满之日起计算；
- （二）没有履行期限规定的，自行政机关收到申请满六十日起计算。

公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，行政复议申请期限不受前款规定的限制。

### 法条精解

1. 依《行政复议法》第9条的规定，申请行政复议的期间至少是60日。其他法律中规定的行政复议申请的期限少于60日的，当事人在60日内提出行政复议申请的，执行行政复议职责的机关应当受理。

2. 注意申请复议期限的起算点。对于作为案件，复议申请期限起算点，按《行政复议法实施条例》第15条确定；对于不作为案件，复议申请期限起算点，按《行政复议法实施条例》第16条确定。

### 真题示例

1. （2008-2-82）肖某提出农村宅基地用地申请，乡政府审核后报县政府审批。肖某收到批件后，不满批件所核定的面积。下列哪些选项是正确的？

- A. 肖某须先申请复议，方能提起行政诉讼
- B. 肖某申请行政复议，复议机关为县政府的上一级政府
- C. 肖某申请行政复议，应当自签收批件之日起60日内提出复议申请
- D. 肖某提起行政诉讼，县政府是被告，乡政府为第三人

答案：BC。

解析：依据《行政复议法》第30条第1款的规定，本案不符合《行政复议法》规定的复议前置的要求，因此，不属于复议前置的案件，A项说法错误。依据《复议法实施条例》第13条的规定，本案中具体行政行为是县级政府审批作出的，因此，复议被申请人是县级人民政府，复议机关是县级人民政府的上一级地方人民政府，B项说法正确。根据《行政复议法》第9条规定，C项说法正确。根据《行政诉讼法》第27条规定，乡政府不是具体行政行为的作出机关，对具体行政行为不承担相应的义务，因此，不是该具体行政行为的利害关系人，不是该行政诉讼的第三人，D项说法错误。

2. （2007-2-100）郑某因某厂欠缴其社会养老保险费，向区社保局投诉。2004年9月22日，该局向该厂送达《决定书》，要求为郑某缴纳养老保险费1万元。同月30日，该局向郑某送达告知书，称其举报一事属实，并要求他缴纳养老保险费（个人缴纳部分）2000元。郑某不服区社保局的《决定书》向法院起诉，法院的生效判决未支持郑某的请求。2005年4月19日，郑某不服告知书向市社保局申请复议，后者作出不予受理决定，郑某不服提起诉讼。下列选项正确的是：

- A. 郑某向市社保局提出的复议申请已超过申请期限
- B. 区社保局所在地的法院和市社保局所在地的法院对本案均有管辖权
- C. 郑某的起诉属重复起诉
- D. 如郑某对告知书不服直接向法院起诉，法院可以被诉行为系重复处理行为为由不予受理郑某的起诉

答案：A。

解析：本题考核行政复议的申请期限、行政诉讼的管辖、行政诉讼的受案范围。

根据《行政复议法》第9条规定，A项说法正确，郑某向社保局提出的复议申请已经超过了法定的复议申请期限。根据《行政诉讼法》第17条规定，本题并不是复议改变案件，故只有区社保局所在地的法院有管辖权，B项错误。郑某前面是不服区社保局的《决定书》向法院起诉；后面是对市社保局不予受理决定不服提起诉讼，并不是重复起诉，故C错误。重复处理行为是指行政机关根据公民的申请或者申诉，对原有的生效行政行为作出的没有任何改变的二次决定。本案被诉行为并不是重复处理行为，故D项错误。

### 重点法条

第十条 依照本法申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人

的,其法定代理人可以代为申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的,承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。

同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织,可以作为第三人参加行政复议。

公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的,作出具体行政行为的行政机关是被申请人。

申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议。

### 【关联法条】

#### 《复议法实施条例》

第九条 行政复议期间,行政复议机构认为申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的,可以通知其作为第三人参加行政复议。

行政复议期间,申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的,可以向行政复议机构申请作为第三人参加行政复议。

第三人不参加行政复议,不影响行政复议案件的审理。

第十条 申请人、第三人可以委托1至2名代理人参加行政复议。申请人、第三人委托代理人的,应当向行政复议机构提交授权委托书。授权委托书应当载明委托事项、权限和期限。公民在特殊情况下无法书面委托的,可以口头委托。口头委托的,行政复议机构应当核实并记录在卷。申请人、第三人解除或者变更委托的,应当书面报告行政复议机构。

第十三条 下级行政机关依照法律、法规、规章规定,经上级行政机关批准作出具体行政行为的,批准机关为被申请人。

第十四条 行政机关设立的派出机构、内设机构或者其他组织,未经法律、法规授权,对外以自己名义作出具体行政行为的,该行政机关为被申请人。

### 法条精解

有关行政复议参加人的规定,是司法考试重点,应予准确把握。

#### 1. 行政复议申请人

行政复议申请人是认为行政主体的具体行政行为侵害其合法权益,以自己的名义向行政复议机关提出申请,要求对该具体行政行为进行复查并依法作出裁决的人。据此,行政复议申请人应具备以下条件:

(1) 申请人是作为行政相对人的公民、法人或者其他组织。

(2) 申请人必须是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织,即申请人与被申请复议的具体行政行为有利害关系。这种利害关系可能是以下几种情况之一:

① 具体行政行为的直接对象。

② 具体行政行为的间接对象,即与具体行政行为有直接利害关系,但并非具体行政行为直接针对的另一方权利人。如甲殴打乙,甲作为致害人受到处罚,若乙认为行政机关所作出的行政处罚偏袒了甲,乙即可以作为申请人申请复议。

③ 行政机关所裁决的民事纠纷的双方当事人。行政机关裁决民事纠纷称为行政裁决,如土地确权裁决等。对于行政裁决、民事纠纷的双方当事人任何一方均可作为申请人。

#### 2. 复议申请人资格转移与代理

(1) 作为申请人的公民死亡,其近亲属可以申请复议,注意近亲属的范围与《行政诉讼法》同,与《国家赔偿法》异;

(2) 作为申请人的法人或者其他组织终止,其权利义务承受者可以申请复议;

(3) 申请人为无行为能力人、限制行为能力人,其法定代理人可以代理申请复议。

#### 3. 复议被申请人

被申请人是指作出被申请复议的具体行政行为的行政机关,其条件是:

(1) 被申请人必须是行政主体,包括行政机关或法律、法规授权的组织;

(2) 被申请人实施了被申请复议的具体行政行为。

确认被申请人主要有以下几种情形:

(1) 作出具体行政行为的行政机关。这是最一般情况;







- (2) 共同行为，由共同作出具体行政行为的行政机关作为共同被申请人；
- (3) 法律、法规授权的组织；
- (4) 行政委托行为。委托机关作为被申请人；
- (5) 行政机关被撤销的。由继续行使其职权的行政机关作为被申请人；如无继续行使其职权的行政机关，则由作出撤销决定的行政机关作为被申请人；
- (6) 派出组织。派出组织包括派出机关和派出机构，县级以上人民政府依法设立的派出机关作出的具体行政行为，该派出机关是被申请人；政府工作部门依法设立的派出机构作出的具体行政行为，由设立该派出机构的政府工作部门作为被申请人。但是如果法律、法规对派出机构有授权，该派出机构以自己的名义作出具体行政行为的，则该派出机构为被申请人。

#### 4. 行政复议第三人

复议第三人是指同申请行政复议的具体行政行为存在利害关系，申请参加或者由复议机关通知参加的申请人与被申请人以外的其他公民、法人或者其他组织。从法律、法规的规定和实践来看，第三人包括以下几种情况：

- (1) 在治安、食品卫生、药品管理等复议案件中，受处罚人作为申请人的，受害人作为第三人；反之亦然；
- (2) 在食品卫生、药品管理等复议案件中，因产品质量受到处罚时，若销售者为申请人，通常生产厂家即为第三人；
- (3) 在不服行政裁决、行政确权的复议案件中被裁决、被确权的民事纠纷的一方当事人为申请人的，另一方当事人可作为第三人。

5. 两个或两个以上行政机关基于同一事实，针对同一的行政相对人作出互相矛盾的具体行政行为，相对人申请复议，作出具体行政行为的另一家行政机关可作为第三人。

行政复议申请人的确定类似于行政诉讼原告的确定；行政复议被申请人的确定类似于行政诉讼被告的确定；行政复议第三人的确定也类似于行政诉讼第三人的确定。所以了解以上规定就行。

但需要注意的是，行政复议被申请人与行政诉讼被告的确定，区别有两个：

(1) 对经上级批准的具体行政行为提起行政复议的，根据《复议法实施条例》第13条的规定，应由批准机关作为被申请人；而在行政诉讼中，根据《若干解释》第19条的规定，是看其对外名义，谁在对外发生法律效力文书上署名，谁就是被告。

(2) 授权组织作为被申请人，必须得到法律、法规授权，仅获规章直接授权的组织不得作为复议被申请人；而根据《若干解释》第20条、第21条的规定，除法律法规授权的组织可以作为行政诉讼被告外，规章授权的组织也可以作为被告。

### 真题示例

1. (2005-2-47) A市某县土地管理局以刘某非法占地建住宅为由，责令其限期拆除建筑，退还所占土地。刘某不服，申请行政复议。下列哪一种说法是正确的？

- A. 复议机关只能为A市土地管理局
  - B. 若刘某撤回复议申请，则无权再提起行政诉讼
  - C. 刘某有权委托代理人代为参加复议
  - D. 若复议机关维持了某县土地管理局的决定，刘某逾期不履行的，某县土地管理局可以自行强制执行
- 答案：C。

解析：在本题中，土地管理局不是实行垂直领导的行政机关，不能适用《行政复议法》第12条，所以复议机关可以是A市土地管理局，也可以是某县政府。据此，选项A不正确。本案依法不属于复议前置的案件，根据《若干解释》第35条，若刘某撤回复议申请，在法定起诉期限内仍有权提起行政诉讼。选项B错误。根据《行政复议法》第10条第5款，选项C正确。根据《行政复议法》第33条第1项，复议机关维持了某县土地管理局的决定，刘某逾期不履行的，由县土地管理局负责执行事宜，但根据《土地管理法》第83条，土地管理部门没有自行强制执行权，只能依法申请人民法院强制执行。据此，选项D错误。

2. (四川2008-2-85) 甲取得了县房产局颁发的扩大原地基和建筑面积的建房许可证，阻碍了邻居乙的正常通行，乙与甲协商未果，向市房产局提起行政复议。下列哪些说法是正确的？

- A. 乙可以委托两名代理人参加行政复议

- B. 市房产局应当通知甲作为第三人参加行政复议  
C. 若复议过程中第三人甲意外死亡，行政复议即应终止  
D. 复议过程中，乙和县房产局达成和解协议，协议内容不违法并且甲也同意该协议，则市房产局应当准予

答案：AD。

解析：根据《复议法实施条例》第10条规定，申请人、第三人可以委托1至2名代理人参加行政复议。因此，A项说法正确。根据该条例第9条第1款规定，B项中应该是“可以”而非是“应当”。因此，B项说法错误。根据该条例第9条第3款规定，第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理。因此，C项说法错误。根据该条例第40条规定，D项说法正确。

## 重点法条

第十二条 对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的，由申请人选择，可以向该部门的本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级主管部门申请行政复议。

对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的，向上一级主管部门申请行政复议。

第十三条 对地方各级人民政府的具体行政行为不服的，向上一级地方人民政府申请行政复议。

对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级地方人民政府的具体行政行为不服的，向该派出机关申请行政复议。

第十四条 对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规定作出最终裁决。

### 【关联法条】

#### 《复议法实施条例》

第二十三条 申请人对两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为不服的，依照行政复议法第十四条的规定，可以向其中任何一个国务院部门提出行政复议申请，由作出具体行政行为的国务院部门共同作出行政复议决定。

第二十四条 申请人对经国务院批准实行省以下垂直领导的部门作出的具体行政行为不服的，可以选择向该部门的本级人民政府或者上一级主管部门申请行政复议；省、自治区、直辖市另有规定的，依照省、自治区、直辖市的规定办理。

## 法条精解

以上三个条文详细阐述了行政复议机构确定的一般情形。

1. 《行政复议法》第12条第1款：县级以上地方政府工作部门实行双重领导，其上一级有两个，复议机关自然也是两个。但国家安全机关的复议机关只有一个，即上一级国家安全机关（第2款）。省、自治区、直辖市和大中城市政府组成劳教委员会。对其作出的劳教决定不服的，向该市人民政府或者省级劳教委员会申请行政复议；对省级劳教委员会作出的决定不服的，只能向该省级政府申请复议。

2. 《行政复议法》第12条第2款：垂直领导机关都是在全国范围内实行垂直领导的机关，因为其上一级只有一个，因此复议机关也只有一个。

在我国实行垂直领导的机关，还有一种情形即在省级以下实行垂直领导，但在省级仍实行双重领导。这样的机关有地税、工商、技监和药监机关。对此，根据《复议法实施条例》第24条的规定，原则上复议机关还是两个：一是该部门的本级政府，二是上一级主管部门，但允许例外。该种例外由省、自治区、直辖市规定。在司法考试中，若题目未特别指出省、自治区、直辖市有特别规定，则按照复议机关有两个处理。

3. 《行政复议法》第14条有以下几层意思：

（1）对国务院部门或省级政府具体行政行为不服的，不是向其上级而是向原机关申请复议。

（2）对复议不服的，提起行政诉讼与向国务院申请裁决的关系是选择终局型：选择向国务院申请裁决，即不能再提起诉讼。

（3）第14条的规定本身没有复议前置的含义，对省部级机关的具体行政行为，依法可以直接起诉，仍



然可以直接起诉。

(4) 向国务院申请裁决的前提是经过复议, 如果没有经过复议, 不能向国务院申请裁决。

(5) 向国务院申请裁决的, 必须保证原具体行政行为是省部级单位作出的。不能认为对省部级单位的复议决定都可以向国务院申请裁决。比如, 原具体行政行为是省政府公安厅作出的, 即使经过省府的行政复议, 也不能向国务院申请裁决。

4. 据《复议法实施条例》第 23 条的规定, 两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为的, 相对人可以向其中任何一个国务院部门提出行政复议申请, 但是接受复议申请的国务院部门不单独充当复议机关, 应由作出具体行政行为的国务院部门共同充当行政复议机关, 共同作出行政复议决定。

### 真题示例

1. (四川 2008-2-88) 某县质量技术监督局以某食品公司生产销售的葡萄酒生产日期标注不真实, 违反《产品质量法》为由, 决定责令该公司停止生产销售, 罚款 3 000 元, 没收违法所得。下列哪些说法是正确的?

- A. 若某县质量技术监督局在调查时, 为防止证据灭失, 对某食品公司生产销售的葡萄酒先行登记保存, 应经该局负责人批准
- B. 若对某县质量技术监督局的决定不服, 某食品公司应先申请复议才能提起行政诉讼
- C. 某食品公司对某县质量技术监督局的决定不服申请复议, 须以某县政府为复议机关
- D. 某县质量技术监督局向法院申请强制执行时, 某食品公司的财产状况是应提交的材料之一

答案: AD。

解析: 依据《行政处罚法》第 37 条第 2 款规定, A 项说法正确。依据《行政处罚法》第 6 条规定, B 项说法错误。依据《行政复议法》第 12 条规定, C 项说法错误。依据《若干解释》第 91 条第 1 款规定, D 项说法正确。

2. (四川 2008-2-42) 某省甲市乙县工商局以某企业构成不正当竞争为由, 决定予以罚款 2 万元。某企业不服, 申请行政复议。有关本案复议机关, 下列哪一选项是错误的?

- A. 复议机关可以为乙县政府
- B. 复议机关可以为甲市工商局
- C. 若国家工商总局对工商部门作出的具体行政行为申请复议的复议机关作出了规定, 则依此规定办理
- D. 若某省政府对工商部门作出的具体行政行为申请复议的复议机关作出了规定, 则依此规定办理

答案: C。

解析: 依据《行政复议法》第 12 条第 1 款规定, A、B 项说法正确。依据《复议法实施条例》第 24 条规定, 选项 C 错误, 选项 D 正确。

3. (2006-2-80) 李某购买中巴车从事个体客运, 但未办理税务登记, 且一直未缴纳税款。某县国税局要求李某限期缴纳税款 1 500 元并决定罚款 1 000 元。后因李某逾期未缴纳税款和罚款, 该国税局将李某的中巴车扣押, 李某不服。下列哪些说法是不正确的?

- A. 对缴纳税款和罚款决定, 李某应当先申请复议, 再提起诉讼
- B. 李某对上述三行为不服申请复议, 应向某县国税局的上一级国税局申请
- C. 对扣押行为不服, 李某可以直接向法院提起诉讼
- D. 该国税局扣押李某中巴车的措施, 可以交由县交通局采取

答案: AD。

解析: 根据《税收征收管理法》第 88 条第 1 款、第 2 款的规定, 纳税争议应当先申请行政复议, 但对处罚决定和强制执行措施不服不是必须经过行政复议才能起诉, A 选项说法错误, C 选项说法正确, 所以 A 应选, C 不选。根据《税收征收管理法》第 88 条第 3 款规定, 李某欠缴的税款和罚款加起来不过 2 500 元, 而中巴车的价值显然超过了 2 500 元; 此外, 国税局要么自己执行, 要么申请法院强制执行, 不应当交由县交通局执行。所以 D 项错误, 应选。根据《行政复议法》第 12 条规定, B 项说法正确, 不选。

4. (2009-2-98) 2002 年底, 王某按照县国税局要求缴纳税款 12 万元。2008 年初, 王某发现多缴税款 2 万元。同年 7 月 5 日, 王某向县国税局提出退税书面申请。7 月 13 日, 县国税局向王某送达不予退税决定。王某在复议机关维持县国税局决定后向法院起诉。下列选项正确的是:

- A. 复议机关是县国税局的上一级国税局



B. 复议机关应自收到王某复议申请书之日起两个月内作出复议决定

C. 被告为县国税局

D. 是否适用《税收征收管理法》“纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款”的规定，是本案审理的焦点之一

答案：ABCD。

解析：本题考核行政复议管辖、行政复议期限、行政诉讼被告。

根据《行政复议法》第12条第2款规定，A项正确。根据规定，行政复议机关受理复议申请的，应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定，但是法律规定的行政复议期限少于60日的除外，故B项正确。《行政诉讼法》第25条第2款规定，本题是复议维持案件，故C项正确。本案原告王某是以不服不予退税决定提起的行政诉讼，所以不予退税决定的合法性是法院审查的内容，故是否适用《税收征收管理法》“纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款”的规定，是本案审理的焦点之一，D项正确。

5. (2002-2-98) 某村村民吴某因家里人口多，住房紧张向乡政府提出建房申请。经乡人民政府土地员刘某批准后，即开始画线动工。周围左邻申某与右邻崔某发现吴某占用了自己使用多年的宅基地，即同吴某交涉。吴某申辩说建房是按批准文件画线动工，不同意改变施工计划。如申某与崔某申请复议，应当向下列什么机关提出？

A. 乡政府作为复议机关

B. 以县政府作为复议机关

C. 县政府土地管理局作为复议机关

D. 县政府法制局作为复议机关

答案：BC。

解析：根据《行政复议法》第13条规定，在本题中，批准行为的主体是乡政府，而其行使的职权是土地管理权。县政府是上一级政府，而县土地局是主管土地行政的政府工作部门，都可以作复议机关，但不能由乡政府自己复议，由法制局复议也没有相应的法律规定。因此，本题的正确答案是BC。

## 重点法条

第十五条 对本法第十二条、第十三条、第十四条规定以外的其他行政机关、组织的具体行政行为不服的，按照下列规定申请行政复议：

(一) 对县级以上地方人民政府依法设立的派出机关的具体行政行为不服的，向设立该派出机关的人民政府申请行政复议；

(二) 对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议；

(三) 对法律、法规授权的组织的具体行政行为不服的，分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议；

(四) 对两个或者两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服的，向其共同上一级行政机关申请行政复议；

(五) 对被撤销的行政机关在撤销前所作出的具体行政行为不服的，向继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关申请行政复议。

## 法条精解

关于特殊情形复议机关的确定，派出机关（机构）是一大难点。

1. 派出机关

(1) 其复议机关是该派出机关的设立机关，而非批准机关。

(2) 派出机关具有行政主体资格，可以充当行政复议被申请人，甚至可以充当复议机关。

2. 派出机构

行政机关的派出机构充当复议被申请人时，复议机关按照以下规则确定：

(1) 派出机构作为复议被申请人，且该派出机构是政府工作部门依法设立的派出机构的，复议机关有两个：①设立该派出机构的部门；②该部门的本级地方政府。举例：县公安局设在某乡的派出所以自己名义作出罚款200元的决定，被罚款人不服申请复议的，复议机关可以是县公安局也可以是县政府。

(2) 派出机构作为复议被申请人，而该派出机构不是政府工作部门依法设立的派出机构的，由直接管







理该组织的行政机关充当行政复议机关。比如，县国税局并非县政府的工作部门，县国税局的某税务所以自己名义对某企业作出罚款 100 元的处罚决定，该企业不服的，复议机关只能是县国税局。

### 3. 授权组织

谁是直接管理该组织的行政机关，谁就是复议机关。

### 4. 共同行为

共同行为情形下，复议机关是共同上一级行政机关；由于国务院不直接受理行政复议申请，因此如果共同上一级行政机关是国务院的，则出现复议管辖难题，但对此不会考的。

### 5. 被撤销的行政机关

由继续行使其职权的行政机关作为复议被申请人；如果没有继续行使其职权的行政机关，由撤销该机关的行政机关作为复议被申请人。

## 真题示例

1. (2005-2-85) 金某因举报单位负责人贪污问题遭到殴打，于案发当日向某区公安分局某派出所报案，但派出所久拖不理。金某向区公安分局申请复议，区公安分局以未成立复议机构为由拒绝受理，并告知金某向上级机关申请复议。下列哪些说法是正确的？

- A. 金某可以向某区人民政府申请复议
- B. 金某可以以某派出所为被告向法院提起行政诉讼
- C. 金某可以以某区公安分局为被告向法院提起行政诉讼
- D. 应当对某区公安分局相关责任人给予行政处分

答案：ABCD。

解析：公安派出所不履行法定职责，金某可以依法申请复议，也可以依法直接起诉；如果金某申请复议，根据《行政复议法》第 15 条第 1 款第 2 项，复议机关可以是区公安分局，也可以是区政府；如果提起行政诉讼，应当以公安派出所为被告。据此，选项 AB 正确。区公安分局作为复议机关拒绝受理，参照《行政复议法》第 19 条和《国赔解释》第 22 条，金某可以区公安分局为被告起诉。据此，选项 C 正确。另外，根据《行政复议法》第 34 条，选项 D 正确。

2. (2002-2-79) 下列哪些情形下复议机关和行政诉讼的被告是重合的？

- A. 公安派出所作出劳动教养决定的
- B. 街道办事处向居民摊派管理费的
- C. 税务所未经税务局局长批准拍卖扣押的货物抵缴税款的
- D. 市政府打假办公室以自己的名义对企业给予没收企业营业执照处罚的

答案：AC。

解析：根据《行政复议法》第 15 条第 1 款第 2 项规定，A、C 项中的复议机关既可以是公安局、税务局，也可以是本级地方人民政府。根据《国赔解释》第 20 条第 2 款规定，A、C 项中的派出所与税务所就是没有法律、法规、规章授权的情况下实施具体行政行为的，因此应以其设立机关为被告，那么公安局、税务局作被告就与复议机关重合，应该选。根据《行政复议法》第 15 条第 1 款第 1 项规定，对 B 项的街道办事处的具体行政行为应向区人民政府申请复议。根据《行政诉讼法》第 25 条第 4 款规定，街道办事处作为授权组织，应自己做被告。所以，B 项中的复议机关与诉讼被告不重合。D 项中的打假办既非派出机关，又非派出机构，其所为的行政行为应视为市政府所为，复议机关应为上一级人民政府或派出机关，但依据《行政诉讼法》的以上规定，对其所为之具体行政行为不服应以该行政机关为被告，故 D 项中复议机关与诉讼被告不重合。

## 重点法条

第十五条第 2 款 有前款所列情形之一的，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请，由接受申请的县级地方人民政府依照本法第十八条的规定办理。

第十七条 行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查，对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人；对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。

除前款规定外，行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理。

第十八条 依照本法第十五条第二款的规定接受行政复议申请的县级地方人民政府，对依照本法第十五条第一款的规定属于其他行政复议机关受理的行政复议申请，应当自接到该行政复议申请之日起七日内，转送有关行政复议机关，并告知申请人。接受转送的行政复议机关应当依照本法第十七条的规定办理。

第二十条 公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。

第三十一条 第一款行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但是延长期限最多不超过三十日。

### 【关联法条】

#### 《复议法实施条例》

第三十一条 依照行政复议法第二十条的规定，上级行政机关认为行政复议机关不予受理行政复议申请的理由不成立的，可以先行督促其受理；经督促仍不受理的，应当责令其限期受理，必要时也可以直接受理；认为行政复议申请不符合法定受理条件的，应当告知申请人。

### 法条精解

关于复议申请受理：

1. 一般应当向复议机关申请行政复议；申请人找错了复议机关，收到机关不予受理，告知申请人向有关行政复议机关提出。但在本法第15条规定的五种情形下，申请人向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请的，接受者自己无权受理的，则不能适用本法第17条第1款的规定，而应当转送有关行政复议机关，并告知申请人（第18条）。

2. 行政复议机关不予受理的决定，申请人可以依法提起行政诉讼。

### 真题示例

（2003-2-28）某市政府依王某申请，作出行政复议决定，撤销市国土房管局对王某房屋的错误登记，并责令市国土房管局在一定期限内重新登记。市国土房管局拒不执行该行政复议决定，王某有权采取下列哪一种措施？

A. 要求市政府责令市国土房管局限期履行

B. 申请市政府强制执行

C. 申请人民法院强制执行

D. 对市国土房管局不作为再次申请行政复议

答案：A。

解析：依据《行政复议法》第32条的规定，王某有权要求该案的复议机关——市政府责令市国土房管局限期履行。故选A。B项是错误的，因为《行政复议法》只是规定了行政复议机关责令被申请人限期履行的权力，而没有强制执行的权力。C项是错误的，只有在行政相对人拒不履行行政复议决定时才申请人民法院强制执行，对行政机关却不适用这种方式。D项错误，行政复议基本上遵循一次复议原则，况且本案中行政复议决定尚且有效，无需再申请行政复议。

### 重点法条

第十六条 公民、法人或者其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，或者法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼。

公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议。

### 【关联法条】

#### 《行政复议法》

第十七条 行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查，对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人；对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。

除前款规定外，行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理。

第十九条 法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，行政复议机关决定不予受理或者受理后超过行政复议期限不作答复的，公民、法人或者其他组织



## 法条精解

- ### 重点法条

## 法条精解

### 真题示例

## 重点法条

第二十二条 行政复议原则上采取书面审查的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。

## 法条精解

复议审理以书面复议方式为原则，但不排除必要的调查取证。

## 重点法条

第二十四条 在行政复议过程中，被申请人不得自行向申请人和其他有关组织或者个人收集证据。

第二十五条 行政复议决定作出前，申请人要求撤回行政复议申请的，经说明理由，可以撤回；撤回行政复议申请的，行政复议终止。

### 【关联法条】

#### 《行政诉讼法》

第三十三条 在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。

#### 《复议法实施条例》

第三十八条 申请人在行政复议决定作出前自愿撤回行政复议申请的，经行政复议机构同意，可以撤回。

申请人撤回行政复议申请的，不得再以同一事实和理由提出行政复议申请。但是，申请人能够证明撤回行政复议申请违背其真实意思表示的除外。

第三十九条 行政复议期间被申请人改变原具体行政行为的，不影响行政复议案件的审理。但是，申请人依法撤回行政复议申请的除外。

第四十二条 行政复议期间有下列情形之一的，行政复议终止：

- (一) 申请人要求撤回行政复议申请，行政复议机构准予撤回的；
- (二) 作为申请人的自然人死亡，没有近亲属或者其近亲属放弃行政复议权利的；
- (三) 作为申请人的法人或者其他组织终止，其权利义务的承受人放弃行政复议权利的；
- (四) 申请人与被申请人依照本条例第四十条的规定，经行政复议机构准许达成和解的；

(五) 申请人对行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施不服申请行政复议后，因申请人同一违法行为涉嫌犯罪，该行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施变更为刑事拘留的。

依照本条例第四十一条第一款第（一）项、第（二）项、第（三）项规定中止行政复议，满60日行政复议中止的原因仍未消除的，行政复议终止。

## 法条精解

关于复议申请的撤回，需注意以下几点：

1. 条件：①行政复议决定作出前，若复议决定已作出，则无法撤回复议申请；②须说明理由；③须经行政复议机构（即行政复议机关的法制机构）同意，并非行政复议机关同意；④自愿撤回，即出于真实意思表示。

2. 法律效果：①导致行政复议审理过程终止；②禁止再以同一事实和理由提出行政复议申请。

3. 据《复议法实施条例》第39条的规定，行政复议期间被申请人改变原具体行政行为的，不影响行政复议案件的审理。所谓不影响审理，是指必须继续审理，且继续审理的对象是改变前的原具体行政行为，而非改变后的具体行政行为。

但不影响审理有两个例外：

(1) 《复议法实施条例》第39条“但书”，即申请人依法撤回行政复议申请的，该行政复议应当终止；

(2) 《复议法实施条例》第42条第1款第5项规定的情形。举例：县公安局认定甲将乙打成轻微伤，给予甲5天行政拘留的处罚。甲不服向县政府申请复议。在复议过程中，乙作为第三人提出证据证明自己轻伤，被申请人县公安局据此改成刑事拘留。如此，县政府应当终止行政复议的审理。





第二十八条 行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，按照下列规定作出行政复议决定：

（一）具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，决定维持；

（二）被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行；

（三）具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：

1. 主要事实不清、证据不足的；

2. 适用依据错误的；

3. 违反法定程序的；

4. 超越或者滥用职权的；

5. 具体行政行为明显不当的。

（四）被申请人不按照本法第二、三条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，决定撤销该具体行政行为。

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。

第二十九条 申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿。申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的，行政复议机关在依法决定撤销或者变更罚款，撤销违法集资、没收财物、征收财物、摊派费用以及对财产的查封、扣押、冻结等具体行政行为时，应当同时责令被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结措施，或者赔偿相应的价款。

#### 【关联法条】

#### 《行政诉讼法》

第五十四条 人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：

（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。

（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：

1. 主要证据不足的；

2. 适用法律、法规错误的；

3. 违反法定程序的；

4. 超越职权的；

5. 滥用职权的。

（三）被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。

（四）行政处罚显失公正的，可以判决变更。

第五十五条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。

#### 《复议法实施条例》

第四十七条 具体行政行为有下列情形之一的，行政复议机关可以决定变更：

（一）认定事实清楚，证据确凿，程序合法，但是明显不当或者适用依据错误的；

（二）认定事实不清，证据不足，但是经行政复议机关审理查明事实清楚，证据确凿的。

第四十九条 行政复议机关依照行政复议法第二十八条的规定责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人应当在法律、法规、规章规定的期限内重新作出具体行政行为；法律、法规、规章未规定期限的，重新作出具体行政行为的期限为六十日。

公民、法人或者其他组织对被申请人重新作出的具体行政行为不服，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第五十一条 行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。



依以上两个条文，行政复议决定可分为六种：

1. 维持决定（第28条第1款第1项）。
2. 履行决定（第28条第1款第2项）。
3. 变更决定（第28条第1款第3项）。
4. 撤销决定（第28条第1款第3项）。
5. 确认决定（第28条第1款第3项）。

确认决定指复议机关经过审查有关行政机关的不作为行为或事实行为，宣布该行为违法的复议决定。行政复议法新增加此种决定是因为对于行政机关的不作为行为或事实行为，无法适用撤销决定，只能用确认决定认定其违法。另外，国家赔偿法也规定，单独就行政赔偿决定提起行政诉讼的，要先经行政机关确认其行为违法。

6. 责令被申请人赔偿的决定。依第29条，又可分为两种情况：①申请人申请行政复议时一并提出行政赔偿请求的复议机关可一并决定赔偿（第1款）；②申请人申请行政复议时未提出行政赔偿请求的，一定条件下复议机关亦可依职权主动作出赔偿决定（第2款）。注意第29条第1款、第2款关于行政赔偿程序的区别。

### 真题示例

1. （2007-2-48）齐某不服市政府对其作出的决定，向省政府申请行政复议，市政府在法定期限内提交了答辩，但没有提交有关证据、依据。开庭时市政府提交了作出行政行为的法律和事实依据，并说明由于市政府办公场所调整，所以延迟提交证据。下列哪一选项是正确的？

- A. 省政府应接受市政府延期提交的证据材料
- B. 省政府应中止案件的审理
- C. 省政府应撤销市政府的具体行政行为
- D. 省政府应维持市政府的具体行政行为

答案：C。

解析：《行政复议法》第28条第1款第4项规定，被申请人不按照本法第23条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，决定撤销该具体行政行为，可以知道C是正确答案。

2. （四川2008-2-84）被申请人行政复议的具体行政行为有下列哪些情形的，行政复议机关可以作出变更决定？

- A. 事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序违法的
- B. 事实清楚，证据确凿，适用依据错误，程序合法的
- C. 事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，但是明显不当的
- D. 事实不清，证据不足，复议机关经审理查明事实清楚，证据确凿的

答案：BCD。

解析：《复议法实施条例》第47条对具体的“可以决定变更的情形”做了详细规定。据此，本题正确答案是BCD。

3. （2002-2-28）张某因不服税务局查封财产决定向上级机关申请复议，要求撤销查封决定，但没有提出赔偿请求。复议机关经审查认为该查封决定违法，决定予以撤销。对于查封决定造成的财产损失，复议机关正确的做法是什么？

- A. 解除查封的同时决定被申请人赔偿相应的损失
- B. 解除查封并告知申请人就赔偿问题另行申请复议
- C. 解除查封的同时就损失问题进行调解
- D. 解除查封的同时要求申请人增加关于赔偿的复议申请

答案：A。

解析：根据《行政复议法》第29条第2款规定，张某在申请行政复议时没有提出赔偿请求，复议机关应当在撤销查封决定的同时，责令税务局赔偿因查封决定给张某造成的财产损失。答案选A。

### 重点法条

#### 《复议法实施条例》

第四十条 公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行





为不服申请行政复议，申请人与被申请人在行政复议决定作出前自愿达成和解的，应当向行政复议机构提交书面和解协议；和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益的，行政复议机构应当准许。

第四十二条第一款 行政复议期间有下列情形之一的，行政复议终止：

- (一) 申请人要求撤回行政复议申请，行政复议机构准予撤回的；
- (二) 作为申请人的自然人死亡，没有近亲属或者其近亲属放弃行政复议权利的；
- (三) 作为申请人的法人或者其他组织终止，其权利义务承受人放弃行政复议权利的；
- (四) 申请人与被申请人依照本条例第四十条的规定，经行政复议机构准许达成和解的；
- (五) 申请人对行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施不服申请行政复议后，因申请人同一违法行为涉嫌犯罪，该行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施变更为刑事拘留的。

第五十条 有下列情形之一的，行政复议机关可以按照自愿、合法的原则进行调解：

- (一) 公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议的；
- (二) 当事人之间的行政赔偿或者行政补偿纠纷。

当事人经调解达成协议的，行政复议机关应当制作行政复议调解书。调解书应当载明行政复议请求、事实、理由和调解结果，并加盖行政复议机关印章。行政复议调解书经双方当事人签字，即具有法律效力。

调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的，行政复议机关应当及时作出行政复议决定。

### 法条精解

1. 根据《复议法实施条例》第40条的规定，复议申请人与被申请人达成和解以终止行政复议审理，须满足两个条件：

- (1) 程序方面：①和解必须在行政复议决定作出前；②和解必须以书面和解协议达成；③和解必须经行政复议机构准许。
- (2) 实体方面：①自愿，即和解出于申请人和被申请人双方面的自愿；②合法，即和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益；③和解对象是自由裁量的具体行政行为的适当性。羁束行政行为不存在和解问题，自由裁量行政行为的合法性也不得和解。

2. 根据《复议法实施条例》第50条的规定，行政复议调解成功，从而终止行政复议审理，必须自愿，合法，且调解纠纷限于以下三种：①因自由裁量的具体行政行为发生的行政复议案件；②行政赔偿纠纷；③行政补偿纠纷。

### 真题示例

(2008-2-80) 对下列哪些情形，行政复议机关可以进行调解？

- A. 市政府征用某村土地，该村居民认为补偿数额过低申请复议
- B. 某企业对税务机关所确定的税率及税额不服申请复议
- C. 公安机关以张某非法种植罂粟为由对其处以拘留10日并处1000元罚款，张某申请复议
- D. 沈某对建设部门违法拆除其房屋的赔偿决定不服申请复议

答案：ACD。

解析：根据《复议法实施条例》第50条第1款规定，AD项属于对行政赔偿或行政补偿问题不服申请行政复议的情况，可以进行调解；B项中关于税率及税额的问题是法律的直接规定，不是税务机关的自由裁量范围，因此，不可以进行调解；C项中属于对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议的情况，因此，可以进行调解。

### 重点法条

第三十条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。

## 【关联法条】

### 《最高人民法院关于适用〈行政复议法〉第三十条第一款有关问题的批复》

根据《行政复议法》第三十条第一款的规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的具体行政行为，侵犯其已经依法取得的自然资源所有权或者使用权的，经行政复议后，才可以向人民法院提起行政诉讼，但法律另有规定的除外；对涉及自然资源所有权或者使用权的行政处罚、行政强制措施等其他具体行政行为提起行政诉讼的，不适用《行政复议法》第三十条第一款的规定。

### 《最高人民法院行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》

最高人民法院法释〔2003〕5号批复中的“确认”，是指当事人对自然资源的权属发生争议后，行政机关对争议的自然资源的所有权或者使用权所作的确权决定。有关土地等自然资源所有权或者使用权的初始登记，属于行政许可性质，不应包括在行政确认范畴之内。据此，行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证书的行为不属于复议前置的情形。

## 法条精解

这是一个非常特别的问题，很多法律包括20世纪80年代的《民法通则》都有规定，注意：

1. 第1款规定的复议前置仅适用于行政机关确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的具体行政行为。

2. 第1款与第2款的关系是一般法与特别法的关系。第1款是原则，第2款是第1款的例外。第2款规定一种复议终局情形。此种复议终局必须同时符合三个条件：

- (1) 该行政复议决定是根据国务院或者省级政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定（依据）；
- (2) 作出该行政复议决定的是省级政府（主体）；
- (3) 该行政复议决定的内容是确认自然资源的所有权或者使用权（内容）。

最高人民法院上述批复中的“确认”，是当事人对自然资源的权属发生争议后，行政机关对争议的自然资源的所有权、使用权所作的确权决定。有关自然资源所有权、使用权的初始登记属于行政许可性质，不包括在行政确认范畴。据此，行政机关颁发自然资源所有权、使用权证书的行为不属于复议前置的情形。

## 真题示例

1. (2009-2-84) 段某拥有两块山场的山林权证。林改期间，王某认为该山场是自家的土改山，要求段某返还。经村委会协调，段某同意把部分山场给予王某，并签订了协议。事后，段某反悔，对协议提出异议。王某请镇政府调处，镇政府依王某提交的协议书复印件，向王某发放了山林权证。段某不服，向县政府申请复议，在县政府作出维持决定后向法院起诉。下列哪些选项是正确的？

- A. 对镇政府的行为，段某不能直接向法院提起行政诉讼
- B. 县政府为本案第三人
- C. 如当事人未能提供协议书原件，法院不能以协议书复印件单独作为定案依据
- D. 如段某与王某在诉讼中达成新的协议，可视为本案被诉具体行政行为发生改变

答案：AC。

解析：本题考核行政复议前置、行政诉讼证据。《行政复议法》第30条第1款规定，本题属于行政复议前置案件，段某不能直接提起行政诉讼，故A项正确。本题中，王某为第三人，而不是县政府，B项错误。《证据规定》第71条第5项规定，C项正确。该行政诉讼的被告为镇政府，被诉的具体行政行为是由镇政府作出的，改变被诉具体行政行为也只能由镇政府作出，所以行政诉讼原告段某与第三人王某在诉讼中达成新的协议，不能视为本案被诉具体行政行为发生改变，D项错误。

2. (2008-2-83) A市李某驾车送人前往B市，在B市甲区与乙区居民范某的车相撞，并将后者打伤。B市甲区公安分局决定扣留李某的汽车，对其拘留5日并处罚款300元。下列哪些选项是正确的？

- A. 李某可向B市公安局申请行政复议
- B. 对扣留汽车行为，李某可向甲区人民法院起诉
- C. 李某应先申请复议，方能提起行政诉讼







D. 范某可向乙区人民法院起诉

**答案：**AB。

**解析：**根据《行政复议法》第12条第1款规定，李某可以向B市甲区公安分局的上一级主管部门即B市公安局申请行政复议，因此，A项说法正确。根据《行政诉讼法》第17条，B项说法正确。《行政复议法》第30条第1款规定，本案不符合《行政复议法》规定的复议前置的要求，因此，不属于复议前置的案件，C项说法错误。《行政诉讼法》第18条规定，在本案中，范某是受害人，行政机关作出的拘留限制人身自由的处罚是针对李某，而非是针对范某，因此，范某不能在原告所在地起诉，D项说法错误。

### 重点法条

第三十一条 行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但是延长期限最多不超过三十日。

行政复议机关作出行政复议决定，应当制作行政复议决定书，并加盖印章。

行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

第三十九条 行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。行政复议活动所需经费，应当列入本机关的行政经费，由本级财政予以保障。

#### 【关联法条】

##### 《复议法实施条例》

第三十八条 申请人在行政复议决定作出前自愿撤回行政复议申请的，经行政复议机构同意，可以撤回。

申请人撤回行政复议申请的，不得再以同一事实和理由提出行政复议申请。但是，申请人能够证明撤回行政复议申请违背其真实意思表示的除外。

第三十九条 行政复议期间被申请人改变原具体行政行为的，不影响行政复议案件的审理。但是，申请人依法撤回行政复议申请的除外。

### 法条精解

1. 行政复议期间及延长，出现特殊情况，行政复议可能发生中止或终止，参见《行政复议法实施条例》第41条和第42条。

2. 申请人可以撤回复议申请，但应当自愿，且在复议决定作出之前提出，并且不能再次以同一事实和理由申请复议。

3. 行政复议不收费。

### 重点法条

第三十二条 被申请人应当履行行政复议决定。

被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的，行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。

第三十三条 申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理：

（一）维持具体行政行为的行政复议决定，由作出具体行政行为的行政机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行；

（二）变更具体行政行为的行政复议决定，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行。

#### 【关联法条】

##### 《复议法实施条例》

第五十二条 第三人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，依照行政复议法第三十三条的规定处理。

### 法条精解

《行政复议法》第32条和第33条分别是针对被申请人和申请人不履行行政复议决定的解决办法。需要

**真题示例**

1. (2009-2-45) 关于行政复议第三人, 下列哪一选项是错误的?
- A. 第三人可以委托一至二名代理人参加复议
- B. 第三人不参加行政复议, 不影响复议案件的审理
- C. 复议机关应为第三人查阅有关材料提供必要条件
- D. 第三人与申请人逾期不起诉又不履行复议决定的强制执行制度不同

答案: D。

解析: 本题考核行政复议第三人。根据《复议法实施条例》第10条规定, 申请人、第三人可以委托1至2名代理人参加行政复议, A项说法正确。根据《复议法实施条例》第9条第3款规定, 第三人不参加行政复议, 不影响行政复议案件的审理, B项说法正确。根据《行政复议法实施条例》第35条规定, 行政复议机关应当为申请人、第三人查阅有关材料提供必要条件, C项说法正确。根据《行政复议法实施细则》第52条和《行政复议法》第33规定, 第三人与申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的强制执行制度相同。D项说法错误。

2. (2008-2-45) 某县政府依田某申请作出复议决定, 撤销某县公安局对田某车辆的错误登记, 责令在30日内重新登记, 但某县公安局拒绝进行重新登记。田某可以采取下列哪一项措施?

- A. 申请法院强制执行
- B. 对某县公安局的行为申请行政复议
- C. 向法院提起行政诉讼
- D. 请求某县政府责令某县公安局登记

答案: D。

解析: 具体行政行为经过行政复议程序并作出行政复议决定确定之后, 当事人依法应当履行行政复议决定的内容。如果被申请人不履行行政复议决定对其义务的确定, 申请人可以采取一定的救济手段。《行政复议法》第32条规定, 被申请人应当履行行政复议决定。被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的, 行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。可见, 本题中县公安局作为被申请人不履行行政复议机关县政府的行政复议决定时, 申请人田某有权请求某县政府责令县公安局履行义务。但是不可以申请法院强制执行, 或者再行复议、诉讼。所以本题正确答案是D, A、B、C不能选。

**重点法条**

第三十四条 行政复议机关违反本法规定, 无正当理由不予受理依法提出的行政复议申请或者不按照规定转送行政复议申请的, 或者在法定期限内不作出行政复议决定的, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分; 经责令受理仍不受理或者不按照规定转送行政复议申请, 造成严重后果的, 依法给予降级、撤职、开除的行政处分。

第三十五条 行政复议机关工作人员在行政复议活动中, 徇私舞弊或者有其他渎职、失职行为的, 依法给予警告、记过、记大过的行政处分; 情节严重的, 依法给予降级、撤职、开除的行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

第三十六条 被申请人违反本法规定, 不提出书面答复或者不提交作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料, 或者阻挠、变相阻挠公民、法人或者其他组织依法申请行政复议的, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分; 进行报复陷害的, 依法给予降级、撤职、开除的行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

第三十七条 被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分; 经责令履行仍拒不履行的, 依法给予降级、撤职、开除的行政处分。

第三十八条 行政复议机关负责法制工作的机构发现有无正当理由不予受理行政复议申请、不按照规定的期限作出行政复议决定、徇私舞弊、对申请人打击报复或者不履行行政复议决定等情形的, 应当向有关行政机关提出建议, 有关行政机关应当依照本法和有关法律、行政法规的规定作出处理。

**【关联法条】****《复议法实施条例》**

第六十二条 被申请人在规定期限内未按照行政复议决定的要求重新作出具体行政行为, 或者违反规



定重新作出具体行政行为的，依照行政复议法第三十七条的规定追究法律责任。

第六十三条 拒绝或者阻挠行政复议人员调查取证、查阅、复制、调取有关文件和资料的，对有关责任人员依法给予处分或者治安处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六十四条 行政复议机关或者行政复议机构不履行行政复议法和本条例规定的行政复议职责，经有权监督的行政机关督促仍不改正的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分；造成严重后果的，依法给予降级、撤职、开除的处分。

第六十五条 行政机关及其工作人员违反行政复议法和本条例规定的，行政复议机构可以向人事、监察部门提出对有关责任人员的处分建议，也可以将有关人员违法的事实材料直接转送人事、监察部门处理；接受转送的人事、监察部门应当依法处理，并将处理结果通报转送的行政复议机构。

### 法条精解

此条款规定的是行政机关的人员违反法律规定，无正当理由不予受理依法提出的行政复议申请或者不按照规定转送行政复议申请的，或者在法定期限内不作出行政复议决定的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员的处分。注意与其他相关法条的联合考察。

### 真题示例

（2005-2-85）金某因举报单位负责人贪污问题遭到殴打，于案发当日向某区公安分局某派出所报案，但派出所久拖不理。金某向区公安分局申请复议，区公安分局以未成立复议机构为由拒绝受理，并告知金某向上级机关申请复议。下列哪些说法是正确的？

- A. 金某可以向某区人民政府申请复议
- B. 金某可以以某派出所为被告向法院提起行政诉讼
- C. 金某可以以某区公安分局为被告向法院提起行政诉讼
- D. 应当对某区公安分局相关责任人给予行政处分

答案：ABCD。

解析：公安派出所不履行法定职责，金某可以依法申请复议，也可以依法直接起诉；如果金某申请复议，根据《行政复议法》第15条第1款第2项，复议机关可以是区公安分局，也可以是区政府；如果提起行政诉讼，应当以公安派出所为被告。据此，选项AB正确。区公安分局作为复议机关拒绝受理，参照《行政复议法》第19条和《若干解释》第22条，金某可以区公安分局为被告起诉。据此，选项C正确。另外，根据《行政复议法》第34条规定，选项D正确。

## 《工伤保险条例》

### 重点法条

第二条 中华人民共和国境内的各类企业、有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。

中华人民共和国境内的各类企业的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。

有雇工的个体工商户参加工伤保险的具体步骤和实施办法，由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第六十一条 本条例所称职工，是指与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的各种用工形式、各种用工期限的劳动者。

本条例所称工资总额，是指用人单位直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额。

本条例所称本人工资，是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前12个月平均月缴费工资。本人工资高于统筹地区职工平均工资300%的，按照统筹地区职工平均工资的300%计算；本人工资低于统筹地区职工平均工资60%的，按照统筹地区职工平均工资的60%计算。

### 法条精解

享受工伤保险待遇的范围，凡是中华人民共和国境内的各类企业的职工和个体工商户的雇工，均享有



工伤保险待遇权利。而不管劳动者与用人单位是否订立书面劳动合同，不管劳动者的用工形式如何，不管劳动者的用工期限长短，也不管劳动者的身份是什么。此外，国家机关和依照或参照国家公务员制度进行人事管理的事业单位、社会团体的工作人员以及其他事业单位、社会团体及各类民办非企业单位的人员，将另行制定保障办法。

### 重点法条

第十条 用人单位应当按时缴纳工伤保险费。职工个人不缴纳工伤保险费。用人单位缴纳工伤保险费的数额为本单位职工工资总额乘以单位缴费费率之积。

第四条 用人单位应当将参加工伤保险的有关情况在本单位内公示。

用人单位和职工应当遵守有关安全生产和职业病防治的法律法规，执行安全卫生规程和标准，预防工伤事故发生，避免和减少职业病危害。

职工发生工伤时，用人单位应当采取措施使工伤职工得到及时救治。

第十一条 工伤保险基金在直辖市和设区的市实行全市统筹，其他地区的统筹层次由省、自治区人民政府确定。跨地区、生产流动性较大的行业，可以采取相对集中的方式异地参加统筹地区的工伤保险。具体办法由国务院劳动保障行政部门会同有关行业的主管部门制定。

第十二条 工伤保险基金存入社会保障基金财政专户，用于本条例规定的工伤保险待遇、劳动能力鉴定以及法律、法规规定的用于工伤保险的其他费用的支付。任何单位或者个人不得将工伤保险基金用于投资运营、兴建或者改建办公场所、发放奖金，或者挪作其他用途。

### 法条精解

工伤保险费用的缴纳，首先工伤保险费缴纳义务主体为单位，其次用人单位缴纳工伤保险费的数额为本单位职工工资总额乘以单位缴费费率之积。

### 重点法条

第十四条 职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- (一) 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- (二) 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
- (三) 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
- (四) 患职业病的；
- (五) 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
- (六) 在上下班途中，受到机动车事故伤害的；
- (七) 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

第十五条 职工有下列情形之一的，视同工伤：

- (一) 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；
- (二) 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
- (三) 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第(一)项、第(二)项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第(三)项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

第十六条 职工有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

- (一) 因犯罪或者违反治安管理伤亡的；
- (二) 醉酒导致伤亡的；
- (三) 自残或者自杀的。

### 法条精解

工伤的范围，第14条规定了7条，第15条规定了3款，我们应当了解，另外注意第十六条规定的不得认为是工伤的情形。

### 重点法条

第十七条 职工发生事故伤害或者按照规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之







日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内,向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况,经报劳动保障行政部门同意,申请时限可以适当延长。

用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的,工伤职工或者其直系亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内,可以直接向用人单位所在地统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。

按照本条第一款规定应当由省级劳动保障行政部门进行工伤认定的事项,根据属地原则由用人单位所在地的设区的市级劳动保障行政部门办理。

用人单位未在本条第一款规定的时限内提交工伤认定申请,在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。

## 法条精解

工伤认定的申请时限,所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内,向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请,要注意某些情况是可以延长的。还要注意的就是工伤申请的规定。要在被诊断或者鉴定之日起的1年内申请。

## 重点法条

第二十二条 劳动能力鉴定是指劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定。

劳动功能障碍分为十个伤残等级,最重的为一级,最轻的为十级。

生活自理障碍分为三个等级:生活完全不能自理、生活大部分不能自理和生活部分不能自理。

劳动能力鉴定标准由国务院劳动保障行政部门会同国务院卫生行政部门等部门制定。

第二十三条 劳动能力鉴定由用人单位、工伤职工或者其直系亲属向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出申请,并提供工伤认定决定和职工工伤医疗的有关资料。

第二十四条 省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会和设区的市级劳动能力鉴定委员会分别由省、自治区、直辖市和设区的市级劳动保障行政部门、人事行政部门、卫生行政部门、工会组织、经办机构代表以及用人单位代表组成。

劳动能力鉴定委员会建立医疗卫生专家库。列入专家库的医疗卫生专业技术人员应当具备下列条件:

- (一) 具有医疗卫生高级专业技术职务任职资格;
- (二) 掌握劳动能力鉴定的相关知识;
- (三) 具有良好的职业品德。

第二十五条 设区的市级劳动能力鉴定委员会收到劳动能力鉴定申请后,应当从其建立的医疗卫生专家库中随机抽取3名或者5名相关专家组成专家组,由专家组提出鉴定意见。设区的市级劳动能力鉴定委员会根据专家组的鉴定意见作出工伤职工劳动能力鉴定结论;必要时,可以委托具备资格的医疗机构协助进行有关的诊断。

设区的市级劳动能力鉴定委员会应当自收到劳动能力鉴定申请之日起60日内作出劳动能力鉴定结论,必要时,作出劳动能力鉴定结论的期限可以延长30日。劳动能力鉴定结论应当及时送达申请鉴定的单位和个人。

第二十六条 申请鉴定的单位或者个人对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的,可以在收到该鉴定结论之日起15日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。

第二十七条 劳动能力鉴定工作应当客观、公正。劳动能力鉴定委员会组成人员或者参加鉴定的专家与当事人有利害关系的,应当回避。

第四十条 工伤职工有下列情形之一的,停止享受工伤保险待遇:

- (一) 丧失享受待遇条件的;
- (二) 拒不接受劳动能力鉴定的;
- (三) 拒绝治疗的;
- (四) 被判刑正在收监执行的。

# 《突发公共卫生事件应急条例》

## 重点法条

第二条 本条例所称突发公共卫生事件（以下简称突发事件），是指突然发生，造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重大传染病疫情、群体性不明原因疾病、重大食物和职业中毒以及其他严重影响公众健康的事件。

第三条 突发事件发生后，国务院设立全国突发事件应急处理指挥部，由国务院有关部门和军队有关部门组成，国务院主管领导人担任总指挥，负责在全国突发事件应急处理的统一领导、统一指挥。

国务院卫生行政主管部门和其他有关部门，在各自的职责范围内做好突发事件应急处理的有关工作。

第四条 突发事件发生后，省、自治区、直辖市人民政府成立地方突发事件应急处理指挥部，省、自治区、直辖市人民政府主要领导人担任总指挥，负责领导、指挥本行政区域内突发事件应急处理工作。

县级以上地方人民政府卫生行政主管部门，具体负责组织突发事件的调查、控制和医疗救治工作。

县级以上地方人民政府有关部门，在各自的职责范围内做好突发事件应急处理的有关工作。

第五条 突发事件应急工作，应当遵循预防为主、常备不懈的方针，贯彻统一领导、分级负责、反应及时、措施果断、依靠科学、加强合作的原则。

第六条 县级以上各级人民政府应当组织开展防治突发事件相关科学研究，建立突发事件应急流行病学调查、传染源隔离、医疗救护、现场处置、监督检查、监测检验、卫生防护等有关物资、设备、设施、技术与人才资源储备，所需经费列入本级政府财政预算。

国家对边远贫困地区突发事件应急工作给予财政支持。

## 法条精解

要理解第二条对突发公共卫生事件的定义的规定。突发应急处理指挥部的组成：由国务院有关部门和军队有关部门组成，其中国务院主管领导担任总指挥，负责在全国突发事件统一领导和指挥。

需要注意的是：

1. 公共卫生事件的概念，范围。
2. 各级应急指挥部的人员构成。

## 重点法条

第十九条 国家建立突发事件应急报告制度。

国务院卫生行政主管部门制定突发事件应急报告规范，建立重大、紧急疫情信息报告系统。

有下列情形之一的，省、自治区、直辖市人民政府应当在接到报告1小时内，向国务院卫生行政主管部门报告：

- （一）发生或者可能发生传染病暴发、流行的；
- （二）发生或者发现不明原因的群体性疾病的；
- （三）发生传染病菌种、毒种丢失的；
- （四）发生或者可能发生重大食物和职业中毒事件的。

国务院卫生行政主管部门对可能造成重大社会影响的突发事件，应当立即向国务院报告。

第二十条 突发事件监测机构、医疗卫生机构和有关单位发现有本条例第十九条规定情形之一的，应当在2小时内向所在地县级人民政府卫生行政主管部门报告；接到报告的卫生行政主管部门应当在2小时内向本级人民政府报告，并同时向上级人民政府卫生行政主管部门和国务院卫生行政主管部门报告。

县级人民政府应当在接到报告后2小时内向设区的市级人民政府或者上一级人民政府报告；设区的市级人民政府应当在接到报告后2小时内向省、自治区、直辖市人民政府报告。

第二十一条 任何单位和个人对突发事件，不得隐瞒、缓报、谎报或者授意他人隐瞒、缓报、谎报。

## 法条精解

对于公共卫生事件的报告和信息发布机制要熟悉，信息传递的时间都要了解。2小时是个关键数字，各级的报告都是以2小时为限的。



(2004-2-48) 2004年6月2日,某县第一中学发生学生集体食物中毒,按照《公共卫生条例》的规定,下列哪种措施是合法的?

- A. 第一中学在事发后2小时向县卫生局报告
- B. 省人民政府接到报告后2小时内向卫生部报告
- C. 县医院收治中毒学生后对中毒严重的学生采取就地隔离观察措施
- D. 县政府对当地水源和食物采取紧急控制措施

答案:A。

解析:根据《突发公共卫生事件应急条例》第20条第1款规定,A正确,B错误。根据《突发公共卫生事件应急条例》第33条和第34条规定,C、D不合法。

## 重点法条

第二十六条 突发事件发生后,卫生行政主管部门应当组织专家对突发事件进行综合评估,初步判断突发事件的类型,提出是否启动突发事件应急预案的建议。

第二十七条 在全国范围内或者跨省、自治区、直辖市范围内启动全国突发事件应急预案,由国务院卫生行政主管部门报国务院批准后实施。省、自治区、直辖市启动突发事件应急预案,由省、自治区、直辖市人民政府决定,并向国务院报告。

第二十八条 全国突发事件应急处理指挥部对突发事件应急处理工作进行督察和指导,地方各级人民政府及其有关部门应当予以配合。

省、自治区、直辖市突发事件应急处理指挥部对本行政区域内突发事件应急处理工作进行督察和指导。

第二十九条 省级以上人民政府卫生行政主管部门或者其他有关部门指定的突发事件应急处理专业技术机构,负责突发事件的技术调查、确证、处置、控制和评价工作。

## 法条精解

突发事件发生后卫生行政主管部门的责任是对事件综合评估-初步判断类型-决定是否启动突发事件应急预案。省级行政区域要建立相应的应急指挥部,并且负责本区域内的具体工作的督察指导。

## 重点法条

第四十五条 县级以上地方人民政府及其卫生行政主管部门未依照本条例的规定履行报告职责,对突发事件隐瞒、缓报、谎报或者授意他人隐瞒、缓报、谎报的,对政府主要负责人及其卫生行政主管部门主要负责人,依法给予降级或者撤职的行政处分;造成传染病传播、流行或者对社会公众健康造成其他严重危害后果的,依法给予开除的行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十六条 国务院有关部门、县级以上地方人民政府及其有关部门未依照本条例的规定,完成突发事件应急处理所需要的设施、设备、药品和医疗器械等物资的生产、供应、运输和储备的,对政府主要领导和政府部门主要负责人依法给予降级或者撤职的行政处分;造成传染病传播、流行或者对社会公众健康造成其他严重危害后果的,依法给予开除的行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十七条 突发事件发生后,县级以上地方人民政府及其有关部门对上级人民政府有关部门的调查不予配合,或者采取其他方式阻碍、干涉调查的,对政府主要领导和政府部门主要负责人依法给予降级或者撤职的行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十八条 县级以上各级人民政府卫生行政主管部门和其他有关部门在突发事件调查、控制、医疗救治工作中玩忽职守、失职、渎职的,由本级人民政府或者上级人民政府有关部门责令改正、通报批评、给予警告;对主要负责人、负有责任的主管人员和其他责任人员依法给予降级、撤职的行政处分;造成传染病传播、流行或者对社会公众健康造成其他严重危害后果的,依法给予开除的行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十九条 县级以上各级人民政府有关部门拒不履行应急处理职责的,由同级人民政府或者上级人民政府有关部门责令改正、通报批评、给予警告;对主要负责人、负有责任的主管人员和其他责任人员依法给予降级、撤职的行政处分;造成传染病传播、流行或者对社会公众健康造成其他严重危害后果的,依



法给予开除的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十条 医疗卫生机构有下列行为之一的，由卫生行政主管部门责令改正、通报批评、给予警告；情节严重的，吊销《医疗机构执业许可证》；对主要负责人、负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予降级或者撤职的纪律处分；造成传染病传播、流行或者对社会公众健康造成其他严重危害后果，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- （一）未依照本条例的规定履行报告职责，隐瞒、缓报或者谎报的；
- （二）未依照本条例的规定及时采取控制措施的；
- （三）未依照本条例的规定履行突发事件监测职责的；
- （四）拒绝接诊病人的；
- （五）拒不服从突发事件应急处理指挥部调度的。

第五十一条 在突发事件应急处理工作中，有关单位和个人未依照本条例的规定履行报告职责，隐瞒、缓报或者谎报，阻碍突发事件应急处理工作人员执行职务，拒绝国务院卫生行政主管部门或者其他有关部门指定的专业技术机构进入突发事件现场，或者不配合调查、采样、技术分析和检验的，对有关责任人员依法给予行政处分或者纪律处分；触犯《中华人民共和国治安管理处罚条例》，构成违反治安管理行为的，由公安机关依法予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十二条 在突发事件发生期间，散布谣言、哄抬物价、欺骗消费者，扰乱社会秩序、市场秩序的，由公安机关或者工商行政管理部门依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### 法条精解

对于违反本条例的规定的法律责任的规定，需要了解。主要有降级和撤职，开除，已经追究相应的刑事责任。对号记忆，了解即可。

## 《突发事件应对法》

自2003年“非典”时起，社会各界对突发事件的应对措施予以了高度的重视，曾在2004年和2006年两次考察了对应急事件的处理程序。2007年11月1日开始施行的《突发事件应对法》可说是对近几年应对突发事件工作的一个总结，从法律的角度来定位政府应对突发事件的职责。我们复习《突发事件应对法》时，尤其应注意在发生突发事件时，政府的权限、责任和采取的措施。虽然本法在司考中所占分值很少，但是这部分内容不多且好理解。再者，作为新法，我们也不能掉以轻心，因为“新法必考”在司考中体现得相当明显。

关于本法我们需要着重了解、掌握的知识点包括：①对突发事件处理的主体和程序。②突发事件应急预案。③监测与预警。④突发事件发生后的处理。⑤对特别重大突发事件的处理。

### 重点法条

第三条 本法所称突发事件，是指突然发生，造成或者可能造成严重社会危害，需要采取应急处置措施予以应对的自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件。

按照社会危害程度、影响范围等因素，自然灾害、事故灾难、公共卫生事件分为特别重大、重大、较大和一般四级。法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。

突发事件的分级标准由国务院或者国务院确定的部门制定。

#### 【关联法条】

#### 《重大动物疫情应急条例》

第三十一条 对受威胁区应当采取下列措施：

- （一）对易感染的动物进行监测；
- （二）对易感染的动物根据需要实施紧急免疫接种。

第三十二条 重大动物疫情应急处理中设置临时动物检疫消毒站以及采取隔离、扑杀、销毁、消毒、紧急免疫接种等控制、扑灭措施的，由有关重大动物疫情应急指挥部决定，有关单位和个人必须服从；拒不服从的，由公安机关协助执行。

第三十三条 国家对疫区、受威胁区内易感染的动物免费实施紧急免疫接种；对因采取扑杀、销毁等





措施给当事人造成的已经证实的损失，给予合理补偿。紧急免疫接种和补偿所需费用，由中央财政和地方财政分担。

## 法条精解

1. 第3条的分类：自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件。对于自然灾害、事故灾难、公共卫生事件可以分级；而且可以确定预警级别。

2. 发生特别重大突发事件，需要进入紧急状态的，由全国人大常务委员会或者国务院决定。

## 真题示例

(2006-2-89) 在发生重大动物疫情后，国家对受威胁区可以采取下列哪些措施？

- A. 扑杀并销毁染疫和疑似染疫动物及其同群动物
- B. 对易感染的动物根据需要实施紧急免疫接种
- C. 对易感染的动物进行监测
- D. 关闭动物交易市场

答案：BC。

解析：《重大动物疫情应急条例》第31条规定，对受威胁区应当采取下列措施：①对易感染的动物进行监测；②对易感染的动物根据需要实施紧急免疫接种。B、C正确，应选。A、D是对“疫区”可以采取的措施，不选。

## 重点法条

第七条 县级人民政府对本行政区域内突发事件的应对工作负责；涉及两个以上行政区域的，由有关行政区域共同的上一级人民政府负责，或者由各有关行政区域的上一级人民政府共同负责。

突发事件发生后，发生地县级人民政府应当立即采取措施控制事态发展，组织开展应急救援和处置工作，并立即向上一级人民政府报告，必要时可以越级上报。

突发事件发生地县级人民政府不能消除或者不能有效控制突发事件引起的严重社会危害的，应当及时向上级人民政府报告。上级人民政府应当及时采取措施，统一领导应急处置工作。

法律、行政法规规定由国务院有关部门对突发事件的应对工作负责的，从其规定；地方人民政府应当积极配合并提供必要的支持。

第八条 国务院在总理领导下研究、决定和部署特别重大突发事件的应对工作；根据实际需要，设立国家突发事件应急指挥机构，负责突发事件应对工作；必要时，国务院可以派出工作组指导有关工作。

县级以上地方各级人民政府设立由本级人民政府主要负责人、相关部门负责人、驻当地中国人民解放军和中国人民武装警察部队有关负责人组成的突发事件应急指挥机构，统一领导、协调本级人民政府各有关部门和下级人民政府开展突发事件应对工作；根据实际需要，设立相关类别突发事件应急指挥机构，组织、协调、指挥突发事件应对工作。

上级人民政府主管部门应当在各自职责范围内，指导、协助下级人民政府及其相应部门做好有关突发事件的应对工作。

第九条 国务院和县级以上地方各级人民政府是突发事件应对工作的行政领导机关，其办事机构及具体职责由国务院规定。

第十二条 有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

第十六条 县级以上人民政府作出应对突发事件的决定、命令，应当报本级人民代表大会常务委员会备案；突发事件应急处置工作结束后，应当向本级人民代表大会常务委员会作出专项工作报告。

## 法条精解

突发事件应对领导体制：

1. 突发事件应对工作的行政领导机关是国务院和县级以上地方各级政府，但对于特定的突发事件，其负责机关是：



(1) 县级政府对本行政区域内突发事件的应对工作负责；

(2) 涉及两个以上行政区域的，由有关行政区域共同的上一级政府负责，或者由各有关行政区域的上一级政府共同负责。

2. 要了解第16条规定的备案制度，县级以上人民政府作出应对突发事件的决定、命令，应当报本级人民代表大会常务委员会备案；突发事件应急处置工作结束后，应当向本级人民代表大会常务委员会作出专项工作报告。这里主体要记清。

### 重点法条

第十七条 国家建立健全突发事件应急预案体系。

国务院制定国家突发事件总体应急预案，组织制定国家突发事件专项应急预案；国务院有关部门根据各自的职责和国务院相关应急预案，制定国家突发事件部门应急预案。

地方各级人民政府和县级以上地方各级人民政府有关部门根据有关法律、法规、规章、上级人民政府及其有关部门的应急预案以及本地区的实际情况，制定相应的突发事件应急预案。

应急预案制定机关应当根据实际需要和情势变化，适时修订应急预案。应急预案的制定、修订程序由国务院规定。

第二十四条 公共交通工具、公共场所和其他人员密集场所的经营单位或者管理单位应当制定具体应急预案，为交通工具和有关场所配备报警装置和必要的应急救援设备、设施，注明其使用方法，并显著标明安全撤离的通道、路线，保证安全通道、出口的畅通。

有关单位应当定期检测、维护其报警装置和应急救援设备、设施，使其处于良好状态，确保正常使用

### 法条精解

此条款规定了国家建立健全突发事件应急预案体系，规定了具体的一些操作方法，此条考到具体内容的可能性不大，但是应该了解国家，地方有制定紧急预案的职责。

### 重点法条

第三十七条 国务院建立全国统一的突发事件信息系统。

县级以上地方各级人民政府应当建立或者确定本地区统一的突发事件信息系统，汇集、储存、分析、传输有关突发事件的信息，并与上级人民政府及其有关部门、下级人民政府及其有关部门、专业机构和监测网点的突发事件信息系统实现互联互通，加强跨部门、跨地区的信息交流与情报合作。

第四十条 县级以上地方各级人民政府应当及时汇总分析突发事件隐患和预警信息，必要时组织相关部门、专业技术人员、专家学者进行会商，对发生突发事件的可能性及其可能造成的影响进行评估；认为可能发生重大或者特别重大突发事件的，应当立即向上级人民政府报告，并向上级人民政府有关部门、当地驻军和可能受到危害的毗邻或者相关地区的人民政府通报。

第四十二条 国家建立健全突发事件预警制度。

可以预警的自然灾害、事故灾难和公共卫生事件的预警级别，按照突发事件发生的紧急程度、发展势态和可能造成的危害程度分为一级、二级、三级和四级，分别用红色、橙色、黄色和蓝色标示，一级为最高级别。

预警级别的划分标准由国务院或者国务院确定的部门制定。

第四十三条 可以预警的自然灾害、事故灾难或者公共卫生事件即将发生或者发生的可能性增大时，县级以上地方各级人民政府应当根据有关法律、行政法规和国务院规定的权限和程序，发布相应级别的警报，决定并宣布有关地区进入预警期，同时向上一级人民政府报告，必要时可以越级上报，并向当地驻军和可能受到危害的毗邻或者相关地区的人民政府通报。

第四十四条 发布三级、四级警报，宣布进入预警期后，县级以上地方各级人民政府应当根据即将发生的突发事件的特点和可能造成的危害，采取下列措施：

(一) 启动应急预案；

(二) 责令有关部门、专业机构、监测网点和负有特定职责的人员及时收集、报告有关信息，向社会公布反映突发事件信息的渠道，加强对突发事件发生、发展情况的监测、预报和预警工作；

(三) 组织有关部门和机构、专业技术人员、有关专家学者，随时对突发事件信息进行分析评估，预测



发生突发事件可能性的大小、影响范围和强度以及可能发生的突发事件的级别；

(四) 定时向社会发布与公众有关的突发事件预测信息和分析评估结果，并对相关信息的报道工作进行管理；

(五) 及时按照有关规定向社会发布可能受到突发事件危害的警告，宣传避免、减轻危害的常识，公布咨询电话。

第四十五条 发布一级、二级警报，宣布进入预警期后，县级以上地方各级人民政府除采取本法第四十四条规定的措施外，还应当针对即将发生的突发事件的特点和可能造成的危害，采取下列一项或者多项措施：

(一) 责令应急救援队伍、负有特定职责的人员进入待命状态，并动员后备人员做好参加应急救援和处置工作的准备；

(二) 调集应急救援所需物资、设备、工具，准备应急设施和避难场所，并确保其处于良好状态、随时可以投入正常使用；

(三) 加强对重点单位、重要部位和重要基础设施的安全保卫，维护社会治安秩序；

(四) 采取必要措施，确保交通、通信、供水、排水、供电、供气、供热等公共设施的安全和正常运行；

(五) 及时向社会发布有关采取特定措施避免或者减轻危害的建议、劝告；

(六) 转移、疏散或者撤离易受突发事件危害的人员并予以妥善安置，转移重要财产；

(七) 关闭或者限制使用易受突发事件危害的场所，控制或者限制容易导致危害扩大的公共场所的活动；

(八) 法律、法规、规章规定的其他必要的防范性、保护性措施。

## 法条精解

此重点法条是对监测预警的规定，比较重要的有：

1. 对于事件的分级：可以预警的自然灾害、事故灾难和公共卫生事件的预警级别，按照突发事件发生的紧急程度、发展势态和可能造成的危害程度分为一级、二级、三级和四级，分别用红色、橙色、黄色和蓝色标示，一级为最高级别。预警级别的划分标准由国务院或者国务院确定的部门制定。

2. 进入应急状态后国家，和地方政法应采取的措施。需要注意的是，进入不同的紧急状态地方政府应采取的措施是不同的。

## 重点法条

第四十六条 对即将发生或者已经发生的社会安全事件，县级以上地方各级人民政府及其有关主管部门应当按照规定向上一级人民政府及其有关主管部门报告，必要时可以越级上报。

第四十九条 自然灾害、事故灾难或者公共卫生事件发生后，履行统一领导职责的人民政府可以采取下列一项或者多项应急处置措施：

(一) 组织营救和救治受害人员，疏散、撤离并妥善安置受到威胁的人员以及采取其他救助措施；

(二) 迅速控制危险源，标明危险区域，封锁危险场所，划定警戒区，实行交通管制以及其他控制措施；

(三) 立即抢修被损坏的交通、通信、供水、排水、供电、供气、供热等公共设施，向受到危害的人员提供避难场所和生活必需品，实施医疗救护和卫生防疫以及其他保障措施；

(四) 禁止或者限制使用有关设备、设施，关闭或者限制使用有关场所，中止人员密集的活动或者可能导致危害扩大的生产经营活动以及采取其他保护措施；

(五) 启用本级人民政府设置的财政预备费和储备的应急救援物资，必要时调用其他急需物资、设备、设施、工具；

(六) 组织公民参加应急救援和处置工作，要求具有特定专长的人员提供服务；

(七) 保障食品、饮用水、燃料等基本生活必需品的供应；

(八) 依法从严惩处囤积居奇、哄抬物价、制假售假等扰乱市场秩序的行为，稳定市场价格，维护市场秩序；

(九) 依法从严惩处哄抢财物、干扰破坏应急处置工作等扰乱社会秩序的行为，维护社会治安；

(十) 采取防止发生次生、衍生事件的必要措施。

第五十条 社会安全事件发生后，组织处置工作的人民政府应当立即组织有关部门并由公安机关针对事件的性质和特点，依照有关法律、行政法规和国家其他有关规定，采取下列一项或者多项应急处置措施：



(一) 强制隔离使用器械相互对抗或者以暴力行为参与冲突的当事人，妥善解决现场纠纷和争端，控制事态发展；

(二) 对特定区域内的建筑物、交通工具、设备、设施以及燃料、燃气、电力、水的供应进行控制；

(三) 封锁有关场所、道路，查验现场人员的身份证件，限制有关公共场所内的活动；

(四) 加强对易受冲击的核心机关和单位的警卫，在国家机关、军事机关、国家通讯社、广播电台、电视台、外国驻华使领馆等单位附近设置临时警戒线；

(五) 法律、行政法规和国务院规定的其他必要措施。

严重危害社会治安秩序的事件发生时，公安机关应当立即依法出动警力，根据现场情况依法采取相应的强制性措施，尽快使社会秩序恢复正常。

### 法条精解

要了解第46条是对社会安全事件的特殊规定，对于突发事件发生后的处理我们要了解对于事件的报告要逐级上报，紧急情况是可以越级上报。还要了解地方政府在突发事件发生后可以采取的措施。

### 重点法条

第六十九条 发生特别重大突发事件，对人民生命财产安全、国家安全、公共安全、环境安全或者社会秩序构成重大威胁，采取本法和其他有关法律、法规、规章规定的应急处置措施不能消除或者有效控制、减轻其严重社会危害，需要进入紧急状态的，由全国人民代表大会常务委员会或者国务院依照宪法和其他有关法律规定的权限和程序决定。

紧急状态期间采取的非常措施，依照有关法律规定执行或者由全国人民代表大会常务委员会另行规定。

### 法条精解

这是对于发生特别重大的突发事件时的特殊规定，要注意进入紧急状态要由全国人民代表大会常务委员会或者国务院依照宪法和其他有关法律规定的权限和程序决定。

## 《信访条例》

### 重点法条

第二条 本条例所称信访，是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动。

采用前款规定的形式，反映情况，提出建议、意见或者投诉请求的公民、法人或者其他组织，称信访人。

第三条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当做好信访工作，认真处理来信、接待来访，倾听人民群众的意见、建议和要求，接受人民群众的监督，努力为人民服务。

各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当畅通信访渠道，为信访人采用本条例规定的形式反映情况，提出建议、意见或者投诉请求提供便利条件。

任何组织和个人不得打击报复信访人。

第五条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当科学、民主决策，依法履行职责，从源头上预防导致信访事项的矛盾和纠纷。

县级以上人民政府应当建立统一领导、部门协调，统筹兼顾、标本兼治，各负其责、齐抓共管的信访工作格局，通过联席会议、建立排查调处机制、建立信访督查工作制度等方式，及时化解矛盾和纠纷。

各级人民政府、县级以上人民政府各工作部门的负责人应当阅批重要来信、接待重要来访、听取信访工作汇报，研究解决信访工作中的突出问题。

### 法条精解

信访的概念是什么，信访人的范围，这是基本问题。任何组织不能打击报复信访人，这是2005年信访





条例对之前的条文修改之一，放在了总则里，说明了对这个问题的重视。另外要知道设立信访机构的政府级别为县级以上。

重点法条

第六条 县级以上人民政府应当设立信访工作机构；县级以上人民政府工作部门及乡、镇人民政府应当按照有利工作、方便信访人的原则，确定负责信访工作的机构（以下简称信访工作机构）或者人员，具体负责信访工作。

县级以上人民政府信访工作机构是本级人民政府负责信访工作的行政机构，履行下列职责：

- （一）受理、交办、转送信访人提出的信访事项；
- （二）承办上级和本级人民政府交由处理的信访事项；
- （三）协调处理重要信访事项；
- （四）督促检查信访事项的处理；
- （五）研究、分析信访情况，开展调查研究，及时向本级人民政府提出完善政策和改进工作的建议；
- （六）对本级人民政府其他工作部门和下级人民政府信访工作机构的信访工作进行指导。

法条精解

信访工作机构履行的职责。

重点法条

第十条 设区的市级、县级人民政府及其工作部门，乡、镇人民政府应当建立行政机关负责人信访接待日制度，由行政机关负责人协调处理信访事项。信访人可以在公布的接待日和接待地点向有关行政机关负责人当面反映信访事项。

县级以上人民政府及其工作部门负责人或者其指定的人员，可以就信访人反映突出的问题到信访人居住地与信访人面谈沟通。

法条精解

关于信访接待日制度要了解由信访机关负责人协调处理信访事件，各地要公布信访接待日的时间和地点，由信访人按时到一定地点面谈，也可以由行政机关的负责人到信访人的居住地与信访人沟通。

重点法条

第十四条 信访人对下列组织、人员的职务行为反映情况，提出建议、意见，或者不服下列组织、人员的职务行为，可以向有关行政机关提出信访事项：

- （一）行政机关及其工作人员；
- （二）法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织及其工作人员；
- （三）提供公共服务的企业、事业单位及其工作人员；
- （四）社会团体或者其他企业、事业单位中由国家行政机关任命、派出的人员；
- （五）村民委员会、居民委员会及其成员。

对依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的投诉请求，信访人应当依照有关法律、行政法规规定的程序向有关机关提出。

第十五条 信访人对各级人民代表大会以及县级以上各级人民代表大会常务委员会、人民法院、人民检察院职权范围内的信访事项，应当分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出，并遵守本条例第十六条、第十七条、第十八条、第十九条、第二十条的规定。

第十六条 信访人采用走访形式提出信访事项，应当向依法有权处理的本级或者上一级机关提出；信访事项已经受理或者正在办理的，信访人在规定期限内向受理、办理机关的上级机关再提出同一信访事项的，该上级机关不予受理。

第十七条 信访人提出信访事项，一般应当采用书信、电子邮件、传真等书面形式；信访人提出投诉请求的，还应当载明信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。

有关机关对采用口头形式提出的投诉请求，应当记录信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。



第十八条 信访人采用走访形式提出信访事项的，应当到有关机关设立或者指定的接待场所提出。

多人采用走访形式提出共同的信访事项的，应当推选代表，代表人数不得超过5人。

第二十一条 县级以上人民政府信访工作机构收到信访事项，应当予以登记，并区分情况，在15日内分别按下列方式处理：

（一）对本条例第十五条规定的信访事项，应当告知信访人分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出。对已经或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的，不予受理，但应当告知信访人依照有关法律、行政法规规定程序向有关机关提出。

（二）对依照法定职责属于本级人民政府或者其工作部门处理决定的信访事项，应当转送有权处理的行政机关；情况重大、紧急的，应当及时提出建议，报请本级人民政府决定。

（三）信访事项涉及下级行政机关或者其工作人员的，按照“属地管理、分级负责，谁主管、谁负责”的原则，直接转送有权处理的行政机关，并抄送下一级人民政府信访工作机构。

县级以上人民政府信访工作机构要定期向下一级人民政府信访工作机构通报转送情况，下级人民政府信访工作机构要定期向上一级人民政府信访工作机构报告转送信访事项的办理情况。

（四）对转送信访事项中的重要情况需要反馈办理结果的，可以直接交由有权处理的行政机关办理，要求其在指定办理期限内反馈结果，提交办结报告。

按照前款第（二）项至第（四）项规定，有关行政机关应当自收到转送、交办的信访事项之日起15日内决定是否受理并书面告知信访人，并按要求通报信访工作机构。

### 真题示例

（2006-2-94）下列有关信访的何种做法是正确的？

- A. 田某对乡政府的决定不服，可以采用走访形式到市政府提出信访事项
- B. 某县人民政府信访局收到李某提出的信访事项，应当予以登记，并在15日内决定是否受理并书面告知李某
- C. 某县工商局不设立专门的信访工作机构，违反了信访规定
- D. 沈某对某县人民政府作出的信访事项处理意见不服，可以请求市政府复查

答案：D。

解析：根据《信访条例》第16条的规定，田某对乡政府的决定不服应该向乡政府或县政府提出，而非向其上上级——市政府提出。A项错误，不选。根据《信访条例》第21条和第22条第2款规定，县级以上人民政府信访工作机构收到信访事项，仅仅书面告知是否受理是不够的，因此B错误，不选。根据《信访条例》第6条的规定，工商局并不一定非得设立信访工作机构不可，因此C错误。根据《信访条例》第34条规定，沈某有权要求市政府复查，因此D正确。

### 重点法条

第三十条 行政机关工作人员与信访事项或者信访人有直接利害关系的，应当回避。

第三十一条 对信访事项有权处理的行政机关办理信访事项，应当听取信访人陈述事实和理由；必要时可以要求信访人、有关组织和人员说明情况；需要进一步核实有关情况的，可以向其他组织和人员调查。

对重大、复杂、疑难的信访事项，可以举行听证。听证应当公开举行，通过质询、辩论、评议、合议等方式，查明事实，分清责任。听证范围、主持人、参加人、程序等由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第三十二条 对信访事项有权处理的行政机关经调查核实，应当依照有关法律、法规、规章及其他有关规定，分别作出以下处理，并书面答复信访人：

- （一）请求事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，予以支持；
- （二）请求事由合理但缺乏法律依据的，应当对信访人做好解释工作；
- （三）请求缺乏事实根据或者不符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，不予支持。

有权处理的行政机关依照前款第（一）项规定作出支持信访请求意见的，应当督促有关机关或者单位执行。

第三十三条 信访事项应当自受理之日起60日内办结；情况复杂的，经本行政机关负责人批准，可以适当延长办理期限，但延长期限不得超过30日，并告知信访人延期理由。法律、行政法规另有规定的，从其规定。

第三十四条 信访人对行政机关作出的信访事项处理意见不服的，可以自收到书面答复之日起30日内



请求原办理行政机关的上一级行政机关复查。收到复查请求的行政机关应当自收到复查请求之日起 30 日内提出复查意见,并予以书面答复。

第三十五条 信访人对复查意见不服的,可以自收到书面答复之日起 30 日内向复查机关的上一级行政机关请求复核。收到复核请求的行政机关应当自收到复核请求之日起 30 日内提出复核意见。

复核机关可以按照本条例第三十一条第二款的规定举行听证,经过听证的复核意见可以依法向社会公示。听证所需时间不计算在前款规定的期限内。

信访人对复核意见不服,仍然以同一事实和理由提出投诉请求的,各级人民政府信访工作机构和其他行政机关不再受理。

### 法条精解

1. 信访制度中也有关于回避的规定。
2. 了解关于信访中听证的规定。
3. 掌握关于时间的规定,一般情况下 60 天给出答复,情况复杂的,经本行政机关负责人批准,可以适当延长办理期限,但延长期限不得超过 30 日,并告知信访人延期理由,还要注意法律,行政法规另有规定的从其规定。

### 重点法条

第四十条 因下列情形之一导致信访事项发生,造成严重后果的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照有关法律、行政法规的规定给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任:

- (一) 超越或者滥用职权,侵害信访人合法权益的;
- (二) 行政机关应当作为而不作为,侵害信访人合法权益的;
- (三) 适用法律、法规错误或者违反法定程序,侵害信访人合法权益的;
- (四) 拒不执行有权处理的行政机关作出的支持信访请求意见的。

第四十六条 打击报复信访人,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予行政处分或者纪律处分。

第四十七条 违反本条例第十八条、第二十条规定的,有关国家机关工作人员应当对信访人进行劝阻、批评或者教育。

经劝阻、批评和教育无效的,由公安机关予以警告、训诫或者制止;违反集会游行示威的法律、行政法规,或者构成违反治安管理行为的,由公安机关依法采取必要的现场处置措施、给予治安管理处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第四十八条 信访人捏造歪曲事实、诬告陷害他人,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由公安机关依法给予治安管理处罚。

### 法条精解

这是对于信访工作者和信访人的责任的规定,要掌握对各自责任的规定的具体情形。

## 《医疗事故处理条例》

### 重点法条

第二条 本条例所称医疗事故,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事故。

### 法条精解

本法条规定了医疗事故的定义,构成医疗事故需以下要件:

1. “医疗机构及其医务人员,在医疗活动中”。非医疗机构及其医务人员在医疗活动中,构成非法行医而非医疗事故;医疗机构及其医务人员而不在在医疗活动中造成的侵权构成一般侵权也非医疗事故。
2. “违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规的过失”。“故意”一定不构



成医疗事故，而无过错的“意外”也不构成医疗事故。

3. “造成患者人身损害”。医疗事故必须要造成患者人身损害，未造成患者人身损害的过失不构成医疗事故。医疗事故的分级也是按照造成人身损害的程度来分的。

过失与损害间的因果关系。

可见，构成医疗事故要有四个必备要件，它们是：特殊主体、过失、人身损害及过失与损害间的因果关系，缺一不可。

### 重点法条

第五条 医疗机构及其医务人员在医疗活动中，必须严格遵守医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规，恪守医疗服务职业道德。

#### 【关联法条】

#### 《医疗事故处理条例》

第六条 医疗机构应当对其医务人员进行医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规的培训和医疗服务职业道德教育。

第七条 医疗机构应当设置医疗服务质量监控部门或者配备专（兼）职人员，具体负责监督本医疗机构的医务人员的医疗服务工作，检查医务人员执业情况，接受患者对医疗服务的投诉，向其提供咨询服务。

第八条 医疗机构应当按照国务院卫生行政部门规定的要求，书写并妥善保管病历资料。

因抢救急危患者，未能及时书写病历的，有关医务人员应当在抢救结束后6小时内据实补记，并加以注明。

第九条 严禁涂改、伪造、隐匿、销毁或者抢夺病历资料。

第十二条 医疗机构应当制定防范、处理医疗事故的预案，预防医疗事故的发生，减轻医疗事故的损害。

### 法条精解

上述六个法条规定了医疗机构及其医务人员在医疗活动中的五个义务，它们是：

1. 医疗机构及其医务人员遵纪守法的义务。
2. 医疗机构对其医务人员培训教育的义务。
3. 医疗机构对医疗服务实行质量监控的义务。
4. 医疗机构及其医务人员书写并妥善保管病历资料的义务。
5. 医疗机构制定预案、预防医疗事故的发生并减轻损害的义务。

### 重点法条

第十条 患者有权复印或者复制其门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、化验单（检验报告）、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录以及国务院卫生行政部门规定的其他病历资料。

患者依照前款规定要求复印或者复制病历资料的，医疗机构应当提供复印或者复制服务并在复印或者复制的病历资料上加盖证明印记。复印或者复制病历资料时，应当有患者在场。

医疗机构应患者的要求，为其复印或者复制病历资料，可以按照规定收取工本费。具体收费标准由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级卫生行政部门规定。

第十一条 在医疗活动中，医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者，及时解答其咨询；但是，应当避免对患者产生不利后果。

### 法条精解

上述两个法条规定了患者的两项重要权利：一是知情权，对象包括病情、医疗措施和医疗风险；二是复印病历资料的权利，但有三个要求：只能复印病历资料、“加盖证明印记”、“应当有患者在场”。

### 重点法条

第十三条 医务人员在医疗活动中发生或者发现医疗事故、可能引起医疗事故的医疗过失行为或者发





生医疗事故争议的，应当立即向所在科室负责人报告，科室负责人应当及时向本医疗机构负责医疗服务质量监控的部门或者专（兼）职人员报告；负责医疗服务质量监控的部门或者专（兼）职人员接到报告后，应当立即进行调查、核实，将有关情况如实向本医疗机构的负责人报告，并向患者通报、解释。

【关联法条】

《医疗事故处理条例》

第十四条 发生医疗事故的，医疗机构应当按照规定向所在地卫生行政部门报告。  
发生下列重大医疗过失行为的，医疗机构应当在 12 小时内向所在地卫生行政部门报告：  
（一）导致患者死亡或者可能为二级以上的医疗事故；  
（二）导致 3 人以上人身损害后果；  
（三）国务院卫生行政部门和省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门规定的其他情形。

第十五条 发生或者发现医疗过失行为，医疗机构及其医务人员应当立即采取有效措施，避免或者减轻对患者身体健康的损害，防止损害扩大。

第十六条 发生医疗事故争议时，死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录应当在医患双方在场的情况下封存和启封。封存的病历资料可以是复印件，由医疗机构保管。

第十七条 疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的，医患双方应当共同对现场实物进行封存和启封，封存的现场实物由医疗机构保管；需要检验的，应当由双方共同指定的、依法具有检验资格的检验机构进行检验；双方无法共同指定时，由卫生行政部门指定。

疑似输血引起不良后果，需要对血液进行封存保留的，医疗机构应当通知提供该血液的采供血机构派员到场。

第十八条 患者死亡，医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议的，应当在患者死亡后 48 小时内进行尸检；具备尸体冻存条件的，可以延长至 7 日。尸检应当经死者近亲属同意并签字。

尸检应当由按照国家有关规定取得相应资格的机构和病理解剖专业技术人员进行。承担尸检任务的机构和病理解剖专业技术人员有进行尸检的义务。

医疗事故争议双方当事人可以请法医病理学人员参加尸检，也可以委派代表观察尸检过程。拒绝或者拖延尸检，超过规定时间，影响对死因判定的，由拒绝或者拖延的一方承担责任。

法条精解

上述七个法条规定了医疗机构及其医务人员在“发生或者发现医疗事故、可能引起医疗事故的医疗过失行为或者发生医疗事故争议”时的义务和权利，它们是：

1. 报告的义务；医务人员逐级报告至医疗机构负责人，确定为医疗事故的由医疗机构报告至所在地卫生行政部门，“重大医疗过失行为的”在 12 小时内报告。
2. 防止损害扩大的义务。
3. 封存主观病历资料和实物的义务。
4. 提请患方进行尸检的义务。注意这里有两个时限：①患者死亡后 48 小时内；②具备尸体冻存条件的，可以延长至 7 日。

重点法条

第十九条 患者在医疗机构内死亡的，尸体应当立即移放太平间。死者尸体存放时间一般不得超过 2 周。逾期不处理的尸体，经医疗机构所在地卫生行政部门批准，并报经同级公安部门备案后，由医疗机构按照规定进行处理。

法条精解

本法条赋予了医疗机构在特殊情况下处理尸体的权利，注意时限“尸体存放时间一般不得超过 2 周”和尸体的处理程序“经医疗机构所在地卫生行政部门批准，并报经同级公安部门备案”。

重点法条

第二十条 卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告或者医疗事故争议当事人要求处



理医疗事故争议的申请后，对需要进行医疗事故技术鉴定的，应当交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定；医患双方协商解决医疗事故争议，需要进行医疗事故技术鉴定的，由双方当事人共同委托负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。

### 法条精解

本法条规定了启动医疗事故技术鉴定的两条途径：当事人申请卫生行政部门处理的，对需要进行医疗事故技术鉴定的，由卫生行政部门提交鉴定；医患双方协商解决的，由双方当事人共同委托鉴定。还有第3条途径，就是人民法院的委托鉴定。注意，医患任一方是无法启动鉴定的。

### 重点法条

第二十二条 当事人对首次医疗事故技术鉴定结论不服的，可以自收到首次鉴定结论之日起15日内向医疗机构所在地卫生行政部门提出再次鉴定的申请。

### 法条精解

这里规定的是当事人的权利救济问题，即当事人对鉴定结论不服该怎么办。医疗事故的技术鉴定是在医学会组织下进行的技术鉴定而非行政机关做出的行政行为，因而是不可诉的。当事人对鉴定结论不服可以自收到首次鉴定结论之日起15日内向医疗机构所在地卫生行政部门提出再次鉴定的申请，常设的鉴定组织为省市两级医学会，中华医学会仅负责“疑难、复杂并在全国有重大影响”的医疗事故争议。

### 重点法条

第三十三条 有下列情形之一的，不属于医疗事故：

- （一）在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的；
- （二）在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外的；
- （三）在现有医学科学技术条件下，发生无法预料或者不能防范的不良后果的；
- （四）无过错输血感染造成不良后果的；
- （五）因患方原因延误诊疗导致不良后果的；
- （六）因不可抗力造成不良后果的。

### 法条精解

本法条规定了不属于医疗事故的六种情况，它们都是一些紧急情况或不可抗力或患方责任而非医方过错所造成的不良后果，是医生的法定免责条款。相对于手术同意书、输血同意书的医疗文件中经常包含的免责条款（约定免责）具有更高的效力。《合同法》第53条规定：合同中的下列免责条款无效：造成对方人身伤害的；因此，约定免责的实际效力只相当于知情同意书。

### 重点法条

第三十四条 医疗事故技术鉴定，可以收取鉴定费用。经鉴定，属于医疗事故的，鉴定费用由医疗机构支付；不属于医疗事故的，鉴定费用由提出医疗事故处理申请的一方支付。鉴定费用标准由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级财政部门、卫生行政部门规定。

### 法条精解

注意，不属于医疗事故的，鉴定费用由提出医疗事故处理申请的一方支付，而不是由提出要做医疗事故鉴定的一方支付。

### 重点法条

第三十五条 卫生行政部门应当依照本条例和有关法律、行政法规、部门规章的规定，对发生医疗事故的医疗机构和医务人员作出行政处理。

### 法条精解

这里所讲的是医疗事故的行政责任，卫生行政部门是执法机构，发生医疗事故的医疗机构和医务人员



是责任承担者。具体处罚方式将在该条例第六章中谈。

## 重点法条

第三十六条 卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告后，除责令医疗机构及时采取必要的医疗救治措施，防止损害后果扩大外，应当组织调查，判定是否属于医疗事故；对不能判定是否属于医疗事故的，应当依照本条例的有关规定交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。

## 法条精解

谁有权判定是否为医疗事故？本条例第13条称：医务人员在医疗活动中发生或者发现医疗事故的，应当立即向所在科室负责人报告；第13条称：发生医疗事故的，医疗机构应当按照规定向所在地卫生行政部门报告。从这两条看，医院是可以判定自己的行为是医疗事故的。从第36条又可看出，卫生行政部门有权判定是否属于医疗事故；医疗事故技术鉴定当然也有权判定。

## 重点法条

第四十六条 发生医疗事故的赔偿等民事责任争议，医患双方可以协商解决；不愿意协商或者协商不成的，当事人可以向卫生行政部门提出调解申请，也可以直接向人民法院提起民事诉讼。

## 法条精解

这里说的是解决医疗事故的赔偿争议的三条途径：协商解决、申请卫生行政部门调解和提起民事诉讼。协商解决所签订的协议书不具有强制力，是可以反悔的，协议书中限制诉权的条款更是无效条款；而申请卫生行政部门调解也不具有强制力，其本质与协商解决并无不同，只是由卫生行政部门起居间调解的作用，若要提起诉讼，仍以医疗机构为被告而非卫生行政部门；民事诉讼是唯一具有强制力的，民事调解和民事判决宣告法律关系的结束，是不可再诉的。

## 重点法条

- 第五十条 医疗事故赔偿，按照下列项目和标准计算：
- （一）医疗费：按照医疗事故对患者造成的人身损害进行治疗所发生的医疗费用计算，凭据支付，但不包括原发病医疗费用。结案后确实需要继续治疗的，按照基本医疗费用支付。
- （二）误工费：患者有固定收入的，按照本人因误工减少的固定收入计算，对收入高于医疗事故发生地上一年度职工年平均工资3倍以上的，按照3倍计算；无固定收入的，按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。
- （三）住院伙食补助费：按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准计算。
- （四）陪护费：患者住院期间需要专人陪护的，按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。
- （五）残疾生活补助费：根据伤残等级，按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算，自定残之月起最长赔偿30年；但是，60周岁以上的，不超过15年；70周岁以上的，不超过5年。
- （六）残疾用具费：因残疾需要配置补偿功能器具的，凭医疗机构证明，按照普及型器具的费用计算。
- （七）丧葬费：按照医疗事故发生地规定的丧葬费补助标准计算。
- （八）被扶养人生活费：以死者生前或者残疾者丧失劳动能力前实际扶养且没有劳动能力的人为限，按照其户籍所在地或者居所地居民最低生活保障标准计算。对不满16周岁的，扶养到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的，扶养20年；但是，60周岁以上的，不超过15年；70周岁以上的，不超过5年。
- （九）交通费：按照患者实际必需的交通费用计算，凭据支付。
- （十）住宿费：按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿补助标准计算，凭据支付。
- （十一）精神损害抚慰金：按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者死亡的，赔偿年限最长不超过6年；造成患者残疾的，赔偿年限最长不超过3年。
- 第五十一条 参加医疗事故处理的患者近亲属所需交通费、误工费、住宿费，参照本条例第五十条的有关规定计算，计算费用的人数不超过2人。
- 医疗事故造成患者死亡的，参加丧葬活动的患者的配偶和直系亲属所需交通费、误工费、住宿费，参照本条例第五十条的有关规定计算，计算费用的人数不超过2人。



## 法条精解

上面的两个法条规定了医疗事故赔偿的项目和标准，医患双方对最后赔偿数额的争议应该在这一框架下确立，注意，大部分的项目都存在封顶的标准。

## 重点法条

第五十五条 医疗机构发生医疗事故的，由卫生行政部门根据医疗事故等级和情节，给予警告；情节严重的，责令限期停业整顿直至由原发证部门吊销执业许可证，对负有责任的医务人员依照刑法关于医疗事故罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予行政处分或者纪律处分。

对发生医疗事故的有关医务人员，除依照前款处罚外，卫生行政部门并可以责令暂停6个月以上1年以下执业活动；情节严重的，吊销其执业证书。

## 法条精解

医疗事故可能涉及三方面的责任：

1. 民事责任。民事责任是医疗机构与患者之间的民事法律关系，《民法通则》规定了以下的民事责任：停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、修理重做更换、赔偿损失、支付违约金、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。

2. 刑事责任。《刑法》确立了医疗事故罪，注意，构成医疗事故罪的前提是必须符合医疗事故的构成要件，医疗事故罪是由于医务人员“极端不负责任”构成的医疗事故。

3. 行政责任。行政责任是由法律授权的执法部门实施公共行政的结果，是可以通过行政复议和行政诉讼来行使权力救济。行政处罚（警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或吊销有关许可证），不同于行政处分（警告、记过、记大过、降级、降职、留用察看和开除），行政处分主要为内部行政，是不可诉的。

## 重点法条

第六十二条 军队医疗机构的医疗事故处理办法，由中国人民解放军卫生主管部门会同国务院卫生行政部门依据本条例制定。

## 法条精解

注意《医疗事故处理条例》不适用于军队医疗机构。

# 《行政监察法》

## 重点法条

第二条 监察机关是人民政府行使监察职能的机关，依照本法对国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的人员实施监察。

## 法条精解

此条规定了监察机关的定义，需要了解。

## 重点法条

第七条 国务院监察机关主管全国的监察工作。

县级以上地方各级人民政府监察机关负责本行政区域内的监察工作，对本级人民政府和上一级监察机关负责并报告工作，监察业务以上级监察机关领导为主。

第八条 县级以上各级人民政府监察机关根据工作需要，经本级人民政府批准，可以向政府所属部门派出监察机构或者监察人员。

第二十七条 监察机关的领导人员可以列席本级人民政府的有关会议，监察人员可以列席被监察部门





的与监察事项有关的会议。

## 法条精解

1. 要了解监察机关的机构设置和领导体制。监察机关的“领导人”可以列席本级人民政府会议，监察人员可以列席被监察部门的与监察事项有关的会议，主体不同，列席的会议室不同的。

2. 注意可以向政府所属部门派出监察机构或检查人员的政府的级别，还要注意必须是经本级人民政府的批准。

## 真题示例

(2006-2-84) 关于行政监察机关及其职责、权限，下列哪些说法是正确的？

- A. 在监察业务上，上级监察机关与下级监察机关之间是一种指导关系
- B. 经本级人民政府批准，县级以上各级人民政府可以向政府所属部门派出监察机构或者监察人员
- C. 监察机关的领导人员可以列席本级人民政府的有关会议
- D. 县级人民政府监察机关对所属的乡人民政府任命的人员实施监察

答案：BCD。

解析：根据《行政监察法》第7条规定，上级监察机关与下级监察机关之间是一种领导关系，因此A错误，不选。《行政监察法》第8条第1款规定，B正确，应选。《行政监察法》第27条规定，C正确，应选。《行政监察法》第16条第2款规定，D正确，应选。

## 重点法条

第十五条 国务院监察机关对下列机关和人员实施监察：

- (一) 国务院各部门及其国家公务员；
- (二) 国务院及国务院各部门任命的其他人员；
- (三) 省、自治区、直辖市人民政府及其领导人员。

第十六条 县级以上地方各级人民政府监察机关对下列机关和人员实施监察：

- (一) 本级人民政府各部门及其国家公务员；
- (二) 本级人民政府及本级人民政府各部门任命的其他人员；
- (三) 下一级人民政府及其领导人员。

县、自治县、不设区的市、市辖区人民政府监察机关还对本辖区所属的乡、民族乡、镇人民政府的国家公务员以及乡、民族乡、镇人民政府任命的其他人员实施监察。

第十七条 上级监察机关可以办理下一级监察机关管辖范围内的监察事项；必要时也可以办理所辖各级监察机关管辖范围内的监察事项。监察机关之间对管辖范围有争议的，由其共同的上级监察机关确定。

## 法条精解

1. 掌握各级监察机关的级别管辖范围，国务院检察机关对国务院各部门及其国家公务员、国务院及国务院各部门任命的其他人员、省、自治区、直辖市人民政府及其领导人员行使监察权，县级以上地方各级人民政府监察机关对本级人民政府各部门及其国家公务员、本级人民政府及本级人民政府各部门任命的其他人员、下一级人民政府及其领导人员行使监察权；县、自治县、不设区的市、市辖区人民政府监察机关还对本辖区所属的乡、民族乡、镇人民政府的国家公务员以及乡、民族乡、镇人民政府任命的其他人员实施监察，尤其注意县级政府监察机关的管辖范围。

2. 了解第17条：

- (1) 管辖权的向上移转，注意管辖权向上转移的情况有哪几种。
- (2) 指定管辖：监察机关之间对管辖范围有争议的，由其共同的上级监察机关确定。

## 重点法条

第十九条 监察机关履行职责，有权采取下列措施：

(一) 要求被监察的部门和人员提供与监察事项有关的文件、资料、财务账目及其他有关材料，进行查阅或者予以复制；



(二) 要求被监察的部门和人员就监察事项涉及的问题作出解释和说明;

(三) 责令被监察的部门和人员停止违反法律、法规和行政纪律的行为。

第二十条 监察机关在调查违反行政纪律行为时,可以根据实际情况和需要采取下列措施:

(一) 暂予扣留、封存可以证明违反行政纪律行为的文件、资料、财务账目及其他有关材料;

(二) 责令案件涉嫌单位和涉嫌人员在调查期间不得变卖、转移与案件有关的财物;

(三) 责令有违反行政纪律嫌疑的人员在指定的时间、地点就调查事项涉及的问题作出解释和说明,但是不得对其实行拘禁或者变相拘禁;

(四) 建议有关机关暂停有严重违反行政纪律嫌疑的人员执行职务。

第二十一条 监察机关在调查贪污、贿赂、挪用公款等违反行政纪律的行为时,经县级以上监察机关领导人员批准,可以查询案件涉嫌单位和涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款;必要时,可以提请人民法院采取保全措施,依法冻结涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款。

### 法条精解

了解以上3个条款的行政监察措施。重点是第21条:注意监察机关查询涉嫌单位和涉嫌人员在银行或者其他金融机构存款必须经县一级以上监察机关领导人员的批准,还要注意前提是监察机关在调查贪污、贿赂、挪用公款等违反行政纪律的行为时。可以总结如下:

1. 经县以上监察机关领导人员批准,查询存款。

2. 提请法院采取保全措施,冻结存款。

最后还要注意第21条中的查询存款与冻结存款的程序、条件是不一样的。

### 重点法条

第十八条 监察机关为行使监察职能,履行下列职责:

(一) 检查国家行政机关在遵守和执行法律、法规和人民政府的决定、命令中的问题;

(二) 受理对国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员违反行政纪律行为的控告、检举;

(三) 调查处理国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员违反行政纪律的行为;

(四) 受理国家公务员和国家行政机关任命的其他人员不服主管行政机关给予行政处分决定的申诉,以及法律、行政法规规定的其他由监察机关受理的申诉;

(五) 法律、行政法规规定由监察机关履行的其他职责。

### 法条精解

了解本条的行政监察机关的各项职责范围,尤其是第4项关于对行政处分决定的申诉受理,是行政诉讼法及行政复议法所不包括的。要比较行政监察中对行政处分决定的申诉受理和行政诉讼以及行政复议不同的。

### 重点法条

第三十条 监察机关按照下列程序对违反行政纪律的行为进行调查处理:

(一) 对需要调查处理的事项进行初步审查;认为有违反行政纪律的事实,需要追究行政纪律责任的,予以立案;

(二) 组织实施调查,收集有关证据;

(三) 有证据证明违反行政纪律,需要给予行政处分或者作出其他处理的,进行审理;

(四) 作出监察决定或者提出监察建议。

重要、复杂案件的立案,应当报本级人民政府和上一级监察机关备案。

### 法条精解

此条规定了监察机关对违反行政纪律的行为进行调查处理的程序,这里要注意进行处理的程序规定,还要注意对于重要、复杂案件的立案,应当报本级人民政府和上一级监察机关备案,关键是要注意备案的机关,还要注意是同时备案。



## 真题示例

(2007-2-88) 某市监察局经初步调查,认定该市教育局局长魏某在出国考察期间有严重违纪行为,决定对其进行查处。依据《行政监察法》,下列哪些选项是正确的?

- A. 对魏某的调查属重要检查事项,立案应报市政府和省级监察机关备案
- B. 某市监察局可以责令魏某在指定地点就有关问题作出解释。若不配合,该局有权扣留魏某
- C. 在调查期间,监察局可以作出暂停魏某执行职务的决定
- D. 经调查认定魏某不存在违纪事实,监察局应撤销此案并告知某市教育局及其上级机关

答案:AD。

解析:根据《行政监察法》第30条,D是正确的。根据《行政监察法》第20条第3项的规定,BC的说法是不正确的。本题正确答案是AD。

## 重点法条

第三十二条 监察机关立案调查的案件,应当自立案之日起六个月内结案;因特殊原因需要延长办案期限的,可以适当延长,但是最长不得超过一年,并应当报上一级监察机关备案。

第三十四条 监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议,应当报经本级人民政府和上一级监察机关同意。国务院监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议,应当报经国务院同意。

## 法条精解

1. 留意第32条规定的期间,注意与行政复议法规定的复议期间和行政诉讼法的期间的规定对比。

2. 第34条规定,应注意不同情形下应报经哪些机关同意。监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议,应当报经本级人民政府和上一级监察机关同意。国务院监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议,应当报经国务院同意。

## 重点法条

第三十七条 国家公务员和国家行政机关任命的其他人员对主管行政机关作出的行政处分决定不服的,可以自收到行政处分决定之日起三十日内向监察机关提出申诉,监察机关应当自收到申诉之日起三十日内作出复查决定;对复查决定仍不服的,可以自收到复查决定之日起三十日内向上一级监察机关申请复核,上一级监察机关应当自收到复核申请之日起六十日内作出复核决定。

复查、复核期间,不停止原决定的执行。

第三十八条 监察机关对受理的不服主管行政机关行政处分决定的申诉,经复查认为原决定不适当的,可以建议原决定机关予以变更或者撤销;监察机关在职权范围内,也可以直接作出变更或者撤销的决定。

法律、行政法规规定由监察机关受理的其他申诉,依照有关法律、行政法规的规定办理。

### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第四十五条 当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的,行政处罚不停止执行,法律另有规定的除外。

## 法条精解

以下两条为司考热点。

- 1. 掌握申诉—复查—复核程序(第37条第1款)。
- 2. 注意,第37条第2款类似《行政处罚法》第45条的规定:复核、复查期间,不停止决定的执行。
- 3. 掌握第38条第1款行政监察机关的处理决定类别。

## 重点法条

第三十九条 对监察决定不服的,可以自收到监察决定之日起三十日内向作出决定的监察机关申请复审,监察机关应当自收到复审申请之日起三十日内作出复审决定;对复审决定仍不服的,可以自收到复审决定之日起三十日内向上一级监察机关申请复核,上一级监察机关应当自收到复核申请之日起六十日内作



出复核决定。复审、复核期间，不停止原决定的执行。

第四十条 上一级监察机关认为下一级监察机关的监察决定不适当的，可以责成下一级监察机关予以变更或者撤销，必要时也可以直接作出变更或者撤销的决定。

第四十一条 上一级监察机关的复核决定和国务院监察机关的复查决定或者复审决定为最终决定。

### 法条精解

第39~41条及下述的第42条是本法最重要的司考重点，应予准确把握。

1. 注意第39条的申请复审—复审—申请—复核—复核程序，并比较第37条之规定。
2. 注意第40条规定的上级机关可径直变更、撤销下级监察决定。
3. 特别掌握第41条规定的最终决定的两种类型：
  - (1) 上一级的复核决定；
  - (2) 国务院监察机关的复查、复审决定。

### 重点法条

第四十二条 对监察建议有异议的，可以自收到监察建议之日起三十日内向作出监察建议的监察机关提出，监察机关应当自收到异议之日起三十日内回复；对回复仍有异议的，由监察机关提请本级人民政府或者上一级监察机关裁决。

### 法条精解

对监察建议异议处理的程序：提起异议—回复—裁决。

## 《政府采购法》

### 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。

本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。

政府集中采购目录和采购限额标准依照本法规定的权限制定。

本法所称采购，是指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇用等。

本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。

本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。

本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。

### 法条精解

要了解政府采购的定义，这是解题的前提，我国的政府采购是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。此法条不会直接考察，但是理解其他法条的根本，需要掌握。

### 重点法条

第七条 政府采购实行集中采购和分散采购相结合。集中采购的范围由省级以上人民政府公布的集中采购目录确定。

属于中央预算的政府采购项目，其集中采购目录由国务院确定并公布；属于地方预算的政府采购项目，其集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。

纳入集中采购目录的政府采购项目，应当实行集中采购。

第八条 政府采购限额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院确定并公布；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。





政府采购的方式是集中和分散相结合，采购方式和相应的采购目录的确定权是哪级政府部门需要识记。

## 重点法条

第十条 政府采购应当采购本国货物、工程和服务。但有下列情形之一的除外：

- (一) 需要采购的货物、工程或者服务在中国境内无法获取或者无法以合理的商业条件获取的；
- (二) 为在中国境外使用而进行采购的；
- (三) 其他法律、行政法规另有规定的。

前款所称本国货物、工程和服务的界定，依照国务院有关规定执行。

## 法条精解

政府采购的例外情形，只能满足这些条件时才可以不在国内采购，这也是政府采购的，国内采购原则的例外。为了促进本国国民经济的发展，政府应优先在国内采购。

## 重点法条

第十一条 政府采购的信息应当在政府采购监督管理部门指定的媒体上及时向社会公开发布，但涉及商业秘密的除外。

第十二条 在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有利害关系的，必须回避。供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的，可以申请其回避。

前款所称相关人员，包括招标采购中评标委员会的组成人员，竞争性谈判采购中谈判小组的组成人员，询价采购中询价小组的组成人员等。

第十三条 各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责。

各级人民政府其他有关部门依法履行与政府采购活动有关的监督管理职责。

## 法条精解

政府采购的监管和回避制度，这里要了解需要回避的人员的范围，哪些人是必须回避，哪些人是可以回避。

## 重点法条

第十四条 政府采购当事人是指在政府采购活动中享有权利和承担义务的各类主体，包括采购人、供应商和采购代理机构等。

第十五条 采购人是指依法进行政府采购的国家机关、事业单位、团体组织。

第十六条 集中采购机构为采购代理机构。设区的市、自治州以上人民政府根据本级政府采购项目组织集中采购的需要设立集中采购机构。

集中采购机构是非营利事业法人，根据采购人的委托办理采购事宜。

第十七条 集中采购机构进行政府采购活动，应当符合采购价格低于市场平均价格、采购效率更高、采购质量优良和服务良好的要求。

第十八条 采购人采购纳入集中采购目录的政府采购项目，必须委托集中采购机构代理采购；采购未纳入集中采购目录的政府采购项目，可以自行采购，也可以委托集中采购机构在委托的范围内代理采购。

纳入集中采购目录属于通用的政府采购项目的，应当委托集中采购机构代理采购；属于本部门、本系统有特殊要求的项目，应当实行部门集中采购；属于本单位有特殊要求的项目，经省级以上人民政府批准，可以自行采购。

第十九条 采购人可以委托经国务院有关部门或者省级人民政府有关部门认定资格的采购代理机构，在委托的范围内办理政府采购事宜。

采购人有权自行选择采购代理机构，任何单位和个人不得以任何方式为采购人指定采购代理机构。

第二十条 采购人依法委托采购代理机构办理采购事宜的，应当由采购人与采购代理机构签订委托代理协议，依法确定委托代理的事项，约定双方的权利义务。



第二十一条 供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人。

第二十二条 供应商参加政府采购活动应当具备下列条件：

- (一) 具有独立承担民事责任的能力；
- (二) 具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度；
- (三) 具有履行合同所必需的设备和专业技术能力；
- (四) 有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录；
- (五) 参加政府采购活动前三年内，在经营活动中没有重大违法记录；
- (六) 法律、行政法规规定的其他条件。

采购人可以根据采购项目的特殊要求，规定供应商的特定条件，但不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇。

第二十三条 采购人可以要求参加政府采购的供应商提供有关资质证明文件和业绩情况，并根据本法规定的供应商条件和采购项目对供应商的特定要求，对供应商的资格进行审查。

第二十四条 两个以上的自然人、法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个供应商的身份共同参加政府采购。

以联合体形式进行政府采购的，参加联合体的供应商均应当具备本法第二十二条规定的条件，并应当向采购人提交联合协议，载明联合体各方承担的工作和义务。联合体各方应当共同与采购人签订采购合同，就采购合同约定的事项对采购人承担连带责任。

第二十五条 政府采购当事人不得相互串通损害国家利益、社会公共利益和其他当事人的合法权益；不得以任何手段排斥其他供应商参与竞争。

供应商不得以向采购人、采购代理机构、评标委员会的组成人员、竞争性谈判小组的组成人员、询价小组的组成人员行贿或者采取其他不正当手段谋取中标或者成交。

采购代理机构不得以向采购人行贿或者采取其他不正当手段谋取非法利益。

### 法条精解

政府采购的主体是：国家机关、事业单位、团体组织，排除企业单位。

政府采购的代理结构：市级以上政府设立的集中采购机构、经国务院有关部门或省级政府有关部门认定资格的采购代理机构。

供应商：可以组成联合体以一个供应商身份参加采购，对采购人承担连带责任。

### 真题示例

(2006-2-81) 关于政府采购的供应商，下列哪些说法是不正确的？

- A. 自然人不能作为政府采购的供应商
- B. 除《政府采购法》规定的条件外，政府采购人不得规定供应商的特定条件，否则构成差别待遇或歧视待遇
- C. 两个以上的法人可以组成联合体，以一个供应商的身份共同参加政府采购
- D. 中标的供应商必须依法自行履行合同，不得采用分包方式履行合同

答案：ABD。

解析：根据《政府采购法》第21条规定，A错误，应选。根据《政府采购法》第22条第2款规定，B错误，应选。根据《政府采购法》第24条规定，C正确，根据《政府采购法》第48条规定，经采购人同意，中标、成交供应商可以依法采取分包方式履行合同。所以并不是绝对不可以分包，D错误，应选ABD。

### 重点法条

第二十六条 政府采购采用以下方式：

- (一) 公开招标；
- (二) 邀请招标；
- (三) 竞争性谈判；
- (四) 单一来源采购；
- (五) 询价；





(六) 国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。

公开招标应作为政府采购的主要采购方式。

第二十七条 采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府规定；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。

### 法条精解

政府采购的具体方式：

1. 公开招标：是最主要的政府采购方式，采购货物和服务需要采用其他方式的，应获得市级以上政府采购监管部门批准。

2. 邀请招标：只能从有限范围的供应商处采购的，采用公开招标的费用占采购项目总价值比例过大的。

3. 竞争性谈判：招标后没有供应商投标或者没有合格标或重新招标未能成立的，技术复杂或者性质特殊而不能确定详细规格或者具体要求的，采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的，不能事先计算出价格总额的。

4. 单一来源采购：①只能从唯一供应商处采购的。②发生不可预见紧急情况不能从其他供应商处采购的。③为保证原有采购项目一致性或服务配套要求，需继续从原供应商处添购，且添购金额不超过原采购金额10%的。

5. 询价：货物规格标准统一、现货货源充足、价格变化幅度小。

### 重点法条

第二十九条 符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用邀请招标方式采购：

(一) 具有特殊性，只能从有限范围的供应商处采购的；

(二) 采用公开招标方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大的。

第三十条 符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用竞争性谈判方式采购：

(一) 招标后没有供应商投标或者没有合格标的或者重新招标未能成立的；

(二) 技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；

(三) 采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的；

(四) 不能事先计算出价格总额的。

第三十一条 符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用单一来源方式采购：

(一) 只能从唯一供应商处采购的；

(二) 发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的；

(三) 必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。

### 法条精解

采用邀请招标方式采购的条件和采用单一来源方式采购的货物或者服务的条件。

### 重点法条

第三十四条 货物或者服务项目采取邀请招标方式采购的，采购人应当从符合相应资格条件的供应商中，通过随机方式选择三家以上的供应商，并向其发出投标邀请书。

第三十五条 货物和服务项目实行招标方式采购的，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，不得少于二十日。

第三十六条 在招标采购中，出现下列情形之一的，应予废标：

(一) 符合专业条件的供应商或者对招标文件作实质响应的供应商不足三家的；

(二) 出现影响采购公正的违法、违规行为的；

(三) 投标人的报价均超过了采购预算，采购人不能支付的；

(四) 因重大变故，采购任务取消的。

废标后，采购人应当将废标理由通知所有投标人。

第三十七条 废标后，除采购任务取消情形外，应当重新组织招标；需要采取其他方式采购的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门或者政府有关部门批准。

第三十八条 采用竞争性谈判方式采购的，应当遵循下列程序：

（一）成立谈判小组。谈判小组由采购人的代表和有关专家共三人以上的单数组成，其中专家的人数不得少于成员总数的三分之二。

（二）制定谈判文件。谈判文件应当明确谈判程序、谈判内容、合同草案的条款以及评定成交的标准等事项。

（三）确定邀请参加谈判的供应商名单。谈判小组从符合相应资格条件的供应商名单中确定不少于三家的供应商参加谈判，并向其提供谈判文件。

（四）谈判。谈判小组所有成员集中与单一供应商分别进行谈判。在谈判中，谈判的任何一方不得透露与谈判有关的其他供应商的技术资料、价格和其他信息。谈判文件有实质性变动的，谈判小组应当以书面形式通知所有参加谈判的供应商。

（五）确定成交供应商。谈判结束后，谈判小组应当要求所有参加谈判的供应商在规定时间内进行最后报价，采购人从谈判小组提出的成交候选人中根据符合采购需求、质量和价格相等且报价最低的原则确定成交供应商，并将结果通知所有参加谈判的未成交的供应商。

### 法条精解

政府采购的程序，首先要注意对时间的要求，既货物和服务项目实行招标方式采购的，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，不得少于20日。然后是废标的条件和竞争性谈判方式采购的程序。

### 真题示例

（2005-2-84）下列哪些情形不符合有关政府采购的法律规定？

- A. 某市工商局在招标采购中，因符合技术要求的供应商只有两家而废标
- B. 某市某区人民政府设立集中采购机构
- C. 某区卫生局在政府采购中要求供应商提供有关资质证明
- D. 某县人民政府因需购置一批办公电脑而采用单一来源方式进行采购

答案：BD。

解析：选项A符合《政府采购法》第36条第1款第1项的规定。根据《政府采购法》第16条的规定，集中采购机构必须由地级以上政府设立，县级、乡级政府无权设立。选项B应选。选项C符合《政府采购法》第23条的规定。采用单一来源方式进行采购必须符合《政府采购法》第31条的规定。县政府购置办公电脑，可以从大量供应商处采购；而且选项D没有明确是“发生了不可预见的紧急情况”或“继续添购”。据此，选项D应选。

### 重点法条

第四十三条 政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。

采购人可以委托采购代理机构代表其与供应商签订政府采购合同。由采购代理机构以采购人名义签订合同的，应当提交采购人的授权委托书，作为合同附件。

第四十四条 政府采购合同应当采用书面形式。

### 法条精解

1. 政府采购合同适用合同法。
2. 政府采购合同应当采用书面形式。

### 重点法条

第四十九条 政府采购合同履行中，采购人需追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的，在不改





变合同其他条款的前提下，可以与供应商协商签订补充合同，但所有补充合同的采购金额不得超过原合同采购金额的10%。

法条精解

对补充合同采购数额要牢记，即采购金额不要超过原合同的金额的10%。

重点法条

第五十一条 供应商对政府采购活动事项有疑问的，可以向采购人提出询问，采购人应当及时作出答复，但答复的内容不得涉及商业秘密。

第五十二条 供应商认为采购文件、采购过程和中标、成交结果使自己的权益受到损害的，可以在知道或者应知其权益受到损害之日起七个工作日内，以书面形式向采购人提出质疑。

第五十三条 采购人应当在收到供应商的书面质疑后七个工作日内作出答复，并以书面形式通知质疑供应商和其他有关供应商，但答复的内容不得涉及商业秘密。

第五十五条 质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内作出答复的，可以在答复期满后十五个工作日内向同级政府采购监督管理部门投诉。

第五十六条 政府采购监督管理部门应当在收到投诉后三十个工作日内，对投诉事项作出处理决定，并以书面形式通知投诉人和与投诉事项有关的当事人。

第五十七条 政府采购监督管理部门在处理投诉事项期间，可以视具体情况书面通知采购人暂停采购活动，但暂停时间最长不得超过三十日。

第五十八条 投诉人对政府采购监督管理部门的投诉处理决定不服或者政府采购监督管理部门逾期未作处理的，可以依法申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。

法条精解

政府采购中争议的解决机制有，质疑、投诉、行政复议和行政诉讼。

重点法条

第七十一条 采购人、采购代理机构有下列情形之一的，责令限期改正，给予警告，可以并处罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由其行政主管部门或者有关机关给予处分，并予通报：

- (一) 应当采用公开招标方式而擅自采用其他方式采购的；
- (二) 擅自提高采购标准的；
- (三) 委托不具备政府采购业务代理资格的机构办理采购事务的；
- (四) 以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇的；
- (五) 在招标采购过程中与投标人进行协商谈判的；
- (六) 中标、成交通知书发出后不与中标、成交供应商签订采购合同的；
- (七) 拒绝有关部门依法实施监督检查的。

第七十二条 采购人、采购代理机构及其工作人员有下列情形之一的，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，处以罚款，有违法所得的，并处没收违法所得，属于国家机关工作人员的，依法给予行政处分：

- (一) 与供应商或者采购代理机构恶意串通的；
- (二) 在采购过程中接受贿赂或者获取其他不正当利益的；
- (三) 在有关部门依法实施的监督检查中提供虚假情况的；
- (四) 开标前泄露标底的。

第七十三条 有前两条违法行为之一影响中标、成交结果或者可能影响中标、成交结果的，按下列情况分别处理：

- (一) 未确定中标、成交供应商的，终止采购活动；
- (二) 中标、成交供应商已经确定但采购合同尚未履行的，撤销合同，从合格的中标、成交候选人中另行确定中标、成交供应商；
- (三) 采购合同已经履行的，给采购人、供应商造成损失的，由责任人承担赔偿责任。



第七十四条 采购人对应当实行集中采购的政府采购项目，不委托集中采购机构实行集中采购的，由政府采购监督管理部门责令改正；拒不改正的，停止按预算向其支付资金，由其上级行政主管部门或者有关机关依法给予其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处分。

第七十五条 采购人未依法公布政府采购项目的采购标准和采购结果的，责令改正，对直接负责的主管人员依法给予处分。

第七十六条 采购人、采购代理机构违反本法规定隐匿、销毁应当保存的采购文件或者伪造、变造采购文件的，由政府采购监督管理部门处以二万元以上十万元以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七十七条 供应商有下列情形之一的，处以采购金额千分之五以上千分之十以下的罚款，列入不良行为记录名单，在一至三年内禁止参加政府采购活动，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- （一）提供虚假材料谋取中标、成交的；
- （二）采取不正当手段诋毁、排挤其他供应商的；
- （三）与采购人、其他供应商或者采购代理机构恶意串通的；
- （四）向采购人、采购代理机构行贿或者提供其他不正当利益的；
- （五）在招标采购过程中与采购人进行协商谈判的；
- （六）拒绝有关部门监督检查或者提供虚假情况的。

供应商有前款第（一）至（五）项情形之一的，中标、成交无效。

第七十八条 采购代理机构在代理政府采购业务中有违法行为的，按照有关法律规定处以罚款，可以依法取消其进行相关业务的资格，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七十九条 政府采购当事人有本法第七十一条、第七十二条、第七十七条违法行为之一，给他人造成损失的，并应依照有关民事法律规定承担民事责任。

第八十条 政府采购监督管理部门的工作人员在实施监督检查中违反本法规定滥用职权，玩忽职守，徇私舞弊的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第八十一条 政府采购监督管理部门对供应商的投诉逾期未作处理的，给予直接负责的主管人员和其他直接责任人员行政处分。

第八十二条 政府采购监督管理部门对集中采购机构业绩的考核，有虚假陈述，隐瞒真实情况的，或者不作定期考核和公布考核结果的，应当及时纠正，由其上级机关或者监察机关对其负责人进行通报，并对直接负责的人员依法给予行政处分。

集中采购机构在政府采购监督管理部门考核中，虚报业绩，隐瞒真实情况的，处以二万元以上二十万元以下的罚款，并予以通报；情节严重的，取消其代理采购的资格。

第八十三条 任何单位或者个人阻挠和限制供应商进入本地区或者本行业政府采购市场的，责令限期改正；拒不改正的，由该单位、个人的上级行政主管部门或者有关机关给予单位责任人或者个人处分。

### 法条精解

政府采购法中的法律责任，重点掌握政府采购中分别规定了采购人、供应商、供应代理商的责任。

### 重点法条

第八十四条 使用国际组织和外国政府贷款进行的政府采购，贷款方、资金提供方与中方达成的协议对采购的具体条件另有规定的，可以适用其规定，但不得损害国家利益和社会公共利益。

第八十五条 对因严重自然灾害和其他不可抗力事件所实施的紧急采购和涉及国家安全和秘密的采购，不适用本法。

第八十六条 军事采购法规由中央军事委员会另行制定。

### 法条精解

《政府采购法》的例外规定。



# 《政府信息公开条例》

## 重点法条

第三条 各级人民政府应当加强对政府信息公开工作的组织领导。

国务院办公厅是全国政府信息公开工作的主管部门，负责推进、指导、协调、监督全国的政府信息公开工作。

县级以上地方人民政府办公厅（室）或者县级以上地方人民政府确定的其他政府信息公开工作主管部门负责推进、指导、协调、监督本行政区域的政府信息公开工作。

第四条 各级人民政府及县级以上人民政府部门应当建立健全本行政机关的政府信息公开工作制度，并指定机构（以下统称政府信息公开工作机构）负责本行政机关政府信息公开的日常工作。

政府信息公开工作机构的具体职责是：

- （一）具体承办本行政机关的政府信息公开事宜；
- （二）维护和更新本行政机关公开的政府信息；
- （三）组织编制本行政机关的政府信息公开指南、政府信息公开目录和政府信息公开工作年度报告；
- （四）对拟公开的政府信息进行保密审查；
- （五）本行政机关规定的与政府信息公开有关的其他职责。

第五条 行政机关公开政府信息，应当遵循公正、公平、便民的原则。

第六条 行政机关应当及时、准确地公开政府信息。行政机关发现影响或者可能影响社会稳定、扰乱社会管理秩序的虚假或者不完整信息的，应当在其职责范围内发布准确的政府信息予以澄清。

第七条 行政机关应当建立健全政府信息公开发布协调机制。行政机关发布政府信息涉及其他行政机关的，应当与有关行政机关进行沟通、确认，保证行政机关发布的政府信息准确一致。

行政机关发布政府信息依照国家有关规定需要批准的，未经批准不得发布。

第八条 行政机关公开政府信息，不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。

## 法条精解

1. 政府信息公开是指，公民、法人和其他组织对行政机关在行使行政职权的过程中掌握或控制的信息拥有知情权，除法律明确规定的不予公开事项外，行政机关应当通过有效方式向公众和当事人公开。政府信息公开制度是有关政府信息公开的运作及保证政府信息公开切实落实的制度，它包括政府信息公开的范围、要求、公开方式和程序、监督救济等内容。

2. 对政府信息的理解。《政府信息公开条例》所规定的政府信息是指：行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。理解这一规定时需要注意以下方面：①不能把信息等同于文件，一个文件中可能包含多个信息；②信息必须是以一定形式记录和保存，但与储存形式无关，只要信息能以有效可读的方式存储即可；③政府信息与信息来源、价值无关，关键看是否为行政机关所持有。

3. 适用的主体。主体主要是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息的公开，参照本条例执行。

4. 公开的基本要求：①公正、公平、便民；②及时、准确；③正确处理好公开与保密的关系。

## 真题示例

（四川 2008 - 2 - 48）下列哪一事项不属于政府信息公开工作机构的职责？

- A. 更新本行政机关公开的政府信息
- B. 监督本行政机关的政府信息公开工作
- C. 对拟公开的政府信息进行保密审查
- D. 组织编制本行政机关的政府信息公开目录

答案：B。

解析：根据《政府信息公开条例》第4条规定可知，本题的正确答案是B。

## 重点法条

第九条 行政机关对符合下列基本要求之一的政府信息应当主动公开：



- (一) 涉及公民、法人或者其他组织切身利益的；
- (二) 需要社会公众广泛知晓或者参与的；
- (三) 反映本行政机关机构设置、职能、办事程序等情况的；
- (四) 其他依照法律、法规和国家有关规定应当主动公开的。

第十条 县级以上各级人民政府及其部门应当依照本条例第九条的规定，在各自职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容，并重点公开下列政府信息：

- (一) 行政法规、规章和规范性文件；
- (二) 国民经济和社会发展规划、专项规划、区域规划及相关政策；
- (三) 国民经济和社会发展统计信息；
- (四) 财政预算、决算报告；
- (五) 行政事业性收费的项目、依据、标准；
- (六) 政府集中采购项目的目录、标准及实施情况；
- (七) 行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及申请行政许可需要提交的全部材料目录及办理情况；
- (八) 重大建设项目的批准和实施情况；
- (九) 扶贫、教育、医疗、社会保障、促进就业等方面的政策、措施及其实施情况；
- (十) 突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况；
- (十一) 环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量的监督检查情况。

第十一条 设区的市级人民政府、县级人民政府及其部门重点公开的政府信息还应当包括下列内容：

- (一) 城乡建设和管理的重大事项；
- (二) 社会公益事业建设情况；
- (三) 征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；
- (四) 抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的管理、使用和分配情况。

第十二条 乡（镇）人民政府应当依照本条例第九条的规定，在其职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容，并重点公开下列政府信息：

- (一) 贯彻落实国家关于农村工作政策的情况；
- (二) 财政收支、各类专项资金的管理和使用情况；
- (三) 乡（镇）土地利用总体规划、宅基地使用的审核情况；
- (四) 征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；
- (五) 乡（镇）的债权债务、筹资筹劳情况；
- (六) 抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的发放情况；
- (七) 乡镇集体企业及其他乡镇经济实体承包、租赁、拍卖等情况；
- (八) 执行计划生育政策的情况。

第十三条 除本条例第九条、第十条、第十一条、第十二条规定的行政机关主动公开的政府信息外，公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要，向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。

第十四条 行政机关应当建立健全政府信息公开发布保密审查机制，明确审查的程序和责任。

行政机关在公开政府信息前，应当依照《中华人民共和国保守国家秘密法》以及其他法律、法规和国家有关规定对拟公开的政府信息进行审查。

行政机关对政府信息不能确定是否可以公开时，应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者同级保密工作部门确定。

行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。但是，经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。

### 法条精解

这些条款是对各级政府信息公开内容的规定。①除法定的不予公开事项外，政府信息均应公开；②行政机关公开政府信息，不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定；③要建立政府信息公开保密审查机制。行政机关在公开政府信息前，应当依照《中华人民共和国保守国家秘密法》以及其他法律、法





规和国家有关规定对拟公开的政府信息进行审查。行政机关对政府信息不能确定是否可以公开时，应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者同级保密工作部门确定。

具体内容有：

1. 不予公开的信息。行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息，行政机关公开政府信息，不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。但经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。

2. 主动公开的信息。行政机关对符合下列基本要求之一的政府信息应当主动公开：①涉及公民、法人或者其他组织切身利益的；②需要社会公众广泛知晓或者参与的；③反映本行政机关机构设置、职能、办事程序等情况的；④其他依照法律、法规和国家有关规定应当主动公开的。

3. 依申请公开的信息。除行政机关主动公开的政府信息外，公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要，向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。

## 真题示例

(2008-2-42) 下列哪一项信息是县级和乡（镇）人民政府均应重点主动公开的政府信息？

- A. 征收或征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况
- B. 社会公益事项建设情况
- C. 政府集中采购项目的目录、标准及实施情况
- D. 执行计划生育政策的情况

答案：A。

解析：根据《政府信息公开条例》第11条和第12条规定，县级和乡（镇）人民政府均应重点主动公开的政府信息是A项中的“征收或征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况”，A为本题正确答案。

## 重点法条

第十五条 行政机关应当将主动公开的政府信息，通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式公开。

第十六条 各级人民政府应当在国家档案馆、公共图书馆设置政府信息查阅场所，并配备相应的设施、设备，为公民、法人或者其他组织获取政府信息提供便利。

行政机关可以根据需要设立公共查阅室、资料索取点、信息公告栏、电子信息屏等场所、设施，公开政府信息。

行政机关应当及时向国家档案馆、公共图书馆提供主动公开的政府信息。

第十七条 行政机关制作的政府信息，由制作该政府信息的行政机关负责公开；行政机关从公民、法人或者其他组织获取的政府信息，由保存该政府信息的行政机关负责公开。法律、法规对政府信息公开的权限另有规定的，从其规定。

第十八条 属于主动公开范围的政府信息，应当自该政府信息形成或者变更之日起20个工作日内予以公开。法律、法规对政府信息公开的期限另有规定的，从其规定。

第十九条 行政机关应当编制、公布政府信息公开指南和政府信息公开目录，并及时更新。

政府信息公开指南，应当包括政府信息的分类、编排体系、获取方式，政府信息公开工作机构的名称、办公地址、办公时间、联系电话、传真号码、电子邮箱等内容。

政府信息公开目录，应当包括政府信息的索引、名称、内容概述、生成日期等内容。

## 法条精解

行政机关应当将主动公开的政府信息，通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式公开。各级人民政府应当在国家档案馆、公共图书馆设置政府信息查阅场所，并配备相应的设施、设备，为公民、法人或者其他组织获取政府信息提供便利。行政机关可以根据需要设立公共查阅室、资料索取点、信息公告栏、电子信息屏等场所、设施，公开政府信息。属于主动公开范围的政府信息，应当自该政府信息形成或者变更之日起20个工作日内予以公开。法律、法规对政府信息公开的期



限另有规定的，从其规定。

## 重点法条

第二十条 公民、法人或者其他组织依照本条例第十三条规定向行政机关申请获取政府信息的，应当采用书面形式（包括数据电文形式）；采用书面形式确有困难的，申请人可以口头提出，由受理该申请的行政机关代为填写政府信息公开申请。

政府信息公开申请应当包括下列内容：

- （一）申请人的姓名或者名称、联系方式；
- （二）申请公开的政府信息的内容描述；
- （三）申请公开的政府信息的形式要求。

第二十一条 对申请公开的政府信息，行政机关根据下列情况分别作出答复：

- （一）属于公开范围的，应当告知申请人获取该政府信息的方式和途径；
- （二）属于不予公开范围的，应当告知申请人并说明理由；
- （三）依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的，应当告知申请人，对能够确定该政府信息的公开机关的，应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式；
- （四）申请内容不明确的，应当告知申请人作出更改、补充。

第二十二条 申请公开的政府信息中含有不应当公开的内容，但是能够作区分处理的，行政机关应当向申请人提供可以公开的信息内容。

第二十三条 行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私，公开后可能损害第三方合法权益的，应当书面征求第三方的意见；第三方不同意公开的，不得公开。但是，行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的，应当予以公开，并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方。

第二十四条 行政机关收到政府信息公开申请，能够当场答复的，应当当场予以答复。

行政机关不能当场答复的，应当自收到申请之日起15个工作日内予以答复；如需延长答复期限的，应当经政府信息公开工作机构负责人同意，并告知申请人，延长答复的期限最长不得超过15个工作日。

申请公开的政府信息涉及第三方权益的，行政机关征求第三方意见所需时间不计算在本条第二款规定的期限内。

第二十五条 公民、法人或者其他组织向行政机关申请提供与其自身相关的税费缴纳、社会保障、医疗卫生等政府信息的，应当出示有效身份证件或者证明文件。

公民、法人或者其他组织有证据证明行政机关提供的与其自身相关的政府信息记录不准确的，有权要求该行政机关予以更正。该行政机关无权更正的，应当转送有权更正的行政机关处理，并告知申请人。

第二十六条 行政机关依申请公开政府信息，应当按照申请人要求的形式予以提供；无法按照申请人要求的形式提供的，可以通过安排申请人查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式提供。

第二十七条 行政机关依申请提供政府信息，除可以收取检索、复制、邮寄等成本费用外，不得收取其他费用。行政机关不得通过其他组织、个人以有偿服务方式提供政府信息。

行政机关收取检索、复制、邮寄等成本费用的标准由国务院价格主管部门会同国务院财政部门制定。

## 法条精解

1. 申请公开的方式和程序。以书面形式为原则，如果以书面形式申请确有困难的可以口头形式，其中书面形式也包括数据电文形式。

2. 申请人要申请公开的信息涉及与其自身相关的税费缴纳、社会保障、医疗卫生等政府信息的，应当出示有效身份证件或者证明文件。

3. 行政机关对申请的处理。①属于可以公开范围的，应当告知申请人获取该政府信息的方式和途径。应当按照申请人要求的形式提供信息；无法按照申请人要求的形式提供的，可以通过安排申请人查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式提供。②属于不予公开范围的，应当告知申请人并说明理由。但是，如果申请公开的政府信息中同时含有不应当公开的内容和应当公开的内容，而且能够作区分处理的，应当向申请人提供可以公开的信息内容。③不属于本行政机关公开或申请信息不存在的，应当告知申请人，而且对能够确定该政府信息的公开机关的，应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式。④申请内容不明确的，要求申请人作出更改、补充。⑤行政机关收到政府信息公开申请，能够当场答复的，应当当场予以



答复。行政机关不能当场答复的，应当自收到申请之日起15个工作日内予以答复，如果需要延长答复期限的，需要批准并经过一定程序。申请公开的政府信息涉及第三方权益的，行政机关征求第三方意见所需时间不计算在延长期限内。

### 真题示例

1. (2009-2-81) 2002年，甲乙两村发生用地争议，某县政府召开协调会并形成会议纪要。2008年12月，甲村一村民向某县政府申请查阅该会议纪要。下列哪些选项是正确的？

- A. 该村民可以口头提出申请
- B. 因会议纪要形成于《政府信息公开条例》实施前，故不受《条例》规范
- C. 因会议纪要不属于政府信息，某县政府可以不予公开
- D. 如某县政府提供有关信息，可以向该村民收取检索、复制、邮寄等费用

答案：AD。

解析：本题考核政府信息公开的相关规定。根据《政府信息公开条例》第20条规定，A项正确。该会议纪要受《政府信息公开条例》规范，B项错误。该会议纪要是行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息，属于政府信息，而且并不涉及不予公开的事项，故属于公开范围，C项错误。根据《政府信息公开条例》第27条规定，D项正确。

2. (2008-2-90) 因一高压线路经过某居民小区，该小区居民李某向某市规划局申请公开高压线路图。下列哪些说法是正确的？

- A. 李某提交书面申请时应出示本人有效身份证明
- B. 李某应说明申请信息的用途
- C. 李某可以对公开信息方式提出自己要求
- D. 某市规划局公开信息时，可以向李某依法收取相关成本费

答案：CD。

解析：根据《政府信息公开条例》第25条规定，A项说法错误。根据《政府信息公开条例》第13条和第20条规定，B项说法错误，C项说法正确。根据《政府信息公开条例》第27条规定，D项说法正确。

3. (2009-2-44) 申请人申请公开下列哪一项政府信息时，应当出示有效身份证件或证明文件？

- A. 要求税务机关公开本人缴纳个人所得税情况的信息
- B. 要求区政府公开该区受理和审理行政复议案件的信息
- C. 要求县卫生局公开本县公共卫生费用使用情况的信息
- D. 要求市公安局公开办理养犬证收费情况的信息

答案：A。

解析：本题考核政府信息公开制度。《政府信息公开条例》第25条第1款规定，公民、法人或者其他组织向行政机关申请提供与其自身相关的税费缴纳、社会保障、医疗卫生等政府信息的，应当出示有效身份证件或者证明文件。根据该规定，本题只有A项属于自身相关的税费缴纳信息，符合题意。

### 重点法条

第三十三条 公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行政府信息公开义务的，可以向上级行政机关、监察机关或者政府信息公开工作主管部门举报。收到举报的机关应当予以调查处理。

公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第三十四条 行政机关违反本条例的规定，未建立健全政府信息发布保密审查机制的，由监察机关、上一级行政机关责令改正；情节严重的，对行政机关主要负责人依法给予处分。

第三十五条 行政机关违反本条例的规定，有下列情形之一的，由监察机关、上一级行政机关责令改正；情节严重的，对行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 不依法履行政府信息公开义务的；
- (二) 不及时更新公开的政府信息内容、政府信息公开指南和政府信息公开目录的；
- (三) 违反规定收取费用的；



- (四) 通过其他组织、个人以有偿服务方式提供政府信息的；
- (五) 公开不应当公开的政府信息的；
- (六) 违反本条例规定的其他行为。

### 【关联法条】

第二十九条 各级人民政府应当建立健全政府信息公开工作考核制度、社会评议制度和责任追究制度，定期对政府信息公开工作进行考核、评议。

第三十一条 各级行政机关应当在每年3月31日前公布本行政机关的政府信息公开工作年度报告。

第三十二条 政府信息公开工作年度报告应当包括下列内容：

- (一) 行政机关主动公开政府信息的情况；
- (二) 行政机关依申请公开政府信息和不予公开政府信息的情况；
- (三) 政府信息公开的收费及减免情况；
- (四) 因政府信息公开申请行政复议、提起行政诉讼的情况；
- (五) 政府信息公开工作存在的主要问题及改进情况；
- (六) 其他需要报告的事项。

第三十三条 公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行政府信息公开义务的，可以向上级行政机关、监察机关或者政府信息公开工作主管部门举报。收到举报的机关应当予以调查处理。

公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

### 真题示例

(四川 2008-2-82) 下列哪些事项不属于政府信息公开年度报告应载明的内容？

- A. 主动公开政府信息情况
- B. 政府信息公开指南
- C. 政府信息公开目录
- D. 因政府信息公开申请行政复议情况

答案：BC。

解析：根据《政府信息公开条例》第32条规定可知，本题的正确答案是BC。

## 《公务员法》

### 重点法条

第二条 本法所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。

第三条 公务员的义务、权利和管理，适用本法。

法律对公务员中的领导成员的产生、任免、监督以及法官、检察官等的义务、权利和管理另有规定的，从其规定。

### 法条精解

1. 《公务员法》所称的公务员不仅限于行政机关中的公务员，还包括权力机关、审判机关、检察机关中的公务员，甚至包括中国共产党及民主党派的机关工作人员、政协机关工作人员。所以对其范围应做广义的理解。

2. 对该法的使用范围要有清晰的认识，即公务员的义务、权利和管理。

### 重点法条

第十一条 公务员应当具备下列条件：

- (一) 具有中华人民共和国国籍；
- (二) 年满十八周岁；
- (三) 拥护中华人民共和国宪法；
- (四) 具有良好的品行；







- (五) 具有正常履行职责的身体条件；
- (六) 具有符合职位要求的文化程度和工作能力；
- (七) 法律规定的其他条件。

#### 【关联法条】

#### 《公务员法》

第十二条 公务员应当履行下列义务：

- (一) 模范遵守宪法和法律；
- (二) 按照规定的权限和程序认真履行职责，努力提高工作效率；
- (三) 全心全意为人民服务，接受人民监督；
- (四) 维护国家的安全、荣誉和利益；
- (五) 忠于职守，勤勉尽责，服从和执行上级依法作出的决定和命令；
- (六) 保守国家秘密和工作秘密；
- (七) 遵守纪律，恪守职业道德，模范遵守社会公德；
- (八) 清正廉洁，公道正派；
- (九) 法律规定的其他义务。

第十三条 公务员享有下列权利：

- (一) 获得履行职责应当具有的工作条件；
- (二) 非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分；
- (三) 获得工资报酬，享受福利、保险待遇；
- (四) 参加培训；
- (五) 对机关工作和领导人员提出批评和建议；
- (六) 提出申诉和控告；
- (七) 申请辞职；
- (八) 法律规定的其他权利。

#### 法条精解

关于公务员的条件并无过于详细的要求，法律只规定了基本要求。注意第11条中“（七）法律规定的其他条件”，要注意公务员需具备的其他条件只能由法律规定。

#### 重点法条

第二十四条 下列人员不得录用为公务员：

- (一) 曾因犯罪受过刑事处罚的；
- (二) 曾被开除公职的；
- (三) 有法律规定不得录用为公务员的其他情形的。

第二十五条 录用公务员，必须在规定的编制限额内，并有相应的职位空缺。

#### 法条精解

1. 关于不得录用人员的规定，要注意三点：

- (1) “曾”表明不管过了多少年，即没有期限解除，只要受过刑事处罚，就不可以录用为公务员。
- (2) 犯罪包括故意和过失犯罪。
- (3) 受过刑事处罚是指被判处刑罚并实际执行。

2. 录用公务员，必须在规定的编制限额内，而且还必须有相应的职位空缺。

#### 重点法条

第四十二条 公务员因工作需要机关外兼职，应当经有关机关批准，并不得领取兼职报酬。

#### 【关联法条】

#### 《公务员法》

第三十九条 选任制公务员在选举结果生效时即任当选职务；任期届满不再连任，或者任期内辞职、

被罢免、被撤职的，其所任职务即终止。

第四十条 委任制公务员遇有试用期满考核合格、职务发生变化、不再担任公务员职务以及其他情形需要任免职务的，应当按照管理权限和规定的程序任免其职务。

### 法条精解

公务员在机关外兼职受到严格的限制，它必须满足以下条件：

1. 因工作需要，与工作无关的不得兼职。
2. 经有关机关批准，没有批准也不得到机关外兼职。
3. 不得领取兼职报酬。

只要违反了以上三个条件的任何一个，公务员到机关外兼职都是违法的，都会受到行政处分，犯罪的要受到刑事处罚。

### 重点法条

第五十四条 公务员执行公务时，认为上级的决定或者命令有错误的，可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见；上级不改变该决定或者命令，或者要求立即执行的，公务员应当执行该决定或者命令，执行的后果由上级负责，公务员不承担责任；但是，公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任。

第五十五条 公务员因违法违纪应当承担纪律责任的，依照本法给予处分；违纪行为情节轻微，经批评教育后改正的，可以免予处分。

#### 【关联法条】

#### 《公务员法》

第六十三条 国家实行公务员交流制度。

公务员可以在公务员队伍内部交流，也可以与国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员交流。

交流的方式包括调任、转任和挂职锻炼。

#### 《行政机关公务员处分条例》

第十四条 行政机关公务员主动交代违法违纪行为，并主动采取措施有效避免或者挽回损失的，应当减轻处分。

行政机关公务员违纪行为情节轻微，经过批评教育后改正的，可以免予处分。

第十六条 行政机关经人民法院、监察机关、行政复议机关或者上级行政机关依法认定有行政违法行为或者其他违法违纪行为，需要追究纪律责任的，对负有责任的领导人员和直接责任人员给予处分。

第三十八条 行政机关公务员违法违纪，已经被立案调查，不宜继续履行职责的，任免机关可以决定暂停其履行职务。

被调查的公务员在违法违纪案件立案调查期间，不得交流、出境、辞去公职或者办理退休手续。

### 法条精解

1. 除上级的决定或命令明显违法外，公务员必须执行上级的决定或命令。而下列情形下，公务员也应承担相应的责任：

- (1) 上级的决定或命令有错误，但公务员没有提出改正或撤销意见而执行的；
- (2) 上级的决定或命令是明显违法的。

2. 执行上级错误的决定或命令但无须承担责任的前提：向上级提出改正或撤销意见，而上级不改变该决定或命令，或者要求立即执行的。

3. 公务员的违法违纪行为应承担的纪律处分的，给予行政处分。

### 真题示例

(2008-2-39) 关于行政机关公务员处分的说法，下列哪一选项是正确的？

- A. 行政诉讼的生效判决撤销某行政机关所作的决定，即应给予该机关的负责人张某行政处分
- B. 工商局干部李某主动交代自己的违法行为，即应减轻处分



C. 某环保局科长王某因涉嫌违纪被立案调查，即应暂停其履行职务

D. 财政局干部田某因涉嫌违纪被立案调查，即不应允许其挂职锻炼

答案：D。

**解析：**本题考查了行政机关公务员处分的相关制度。根据《行政机关公务员处分条例》第16条规定，A项中的“即应给予该机关的负责人张某行政处分”没有考虑处分的条件，过于绝对。故A不当选。根据《行政机关公务员处分条例》第14条规定，B项中李某只是主动交待自己的违法行为，并不当然地满足减轻处分的所有条件。故B不当选。根据《行政机关公务员处分条例》第38条规定，公务员因违纪被立案调查，只有在不宜继续履行职责时才会暂停其履行职务，而不是应当立即暂停。故C项不当选。根据《公务员法》第63条规定，挂职锻炼是交流的一种，故D项对田某即应不允许其挂职锻炼，是正确的。

## 重点法条

第五十六条 处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

第五十七条 对公务员的处分，应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、程序合法、手续完备。

公务员违纪的，应当由处分决定机关决定对公务员违纪的情况进行调查，并将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知公务员本人。公务员有权进行陈述和申辩。

处分决定机关认为对公务员应当给予处分的，应当在规定的期限内，按照管理权限和规定的程序作出处分决定。处分决定应当以书面形式通知公务员本人。

### 【关联法条】

#### 《行政机关公务员处分条例》

第三十七条 对地方各级人民政府工作部门正职领导人员给予处分，由本级人民政府决定。其中，拟给予撤职、开除处分的，由本级人民政府向同级人民代表大会常务委员会提出任免建议。免去职务前，本级人民政府或者上级人民政府可以决定暂停其履行职务。

第三十九条 任免机关对涉嫌违法违纪的行政机关公务员的调查、处理，按照下列程序办理：

（一）经任免机关负责人同意，由任免机关有关部门对需要调查处理的事项进行初步调查；

（二）任免机关有关部门经初步调查认为该公务员涉嫌违法违纪，需要进一步查证的，报任免机关负责人批准后立案；

（三）任免机关有关部门负责对该公务员违法违纪事实做进一步调查，包括收集、查证有关证据材料，听取被调查的公务员所在单位的领导成员、有关工作人员以及所在单位监察机构的意见，向其他有关单位和人员了解情况，并形成书面调查材料，向任免机关负责人报告；

（四）任免机关有关部门将调查认定的事实及拟给予处分的依据告知被调查的公务员本人，听取其陈述和申辩，并对其所提出的事实、理由和证据进行复核，记录在案。被调查的公务员提出的事实、理由和证据成立的，应予采信；

（五）经任免机关领导成员集体讨论，作出对该公务员给予处分、免予处分或者撤销案件的决定；

（六）任免机关应当将处分决定以书面形式通知受处分的公务员本人，并在一定范围内宣布；

（七）任免机关有关部门应当将处分决定归入受处分的公务员本人档案，同时汇集有关材料形成该处分案件的工作档案。

受处分的行政机关公务员处分期满解除处分的程序，参照前款第（五）项、第（六）项和第（七）项的规定办理。

任免机关应当按照管理权限，及时将处分决定或者解除处分决定报公务员主管部门备案。

第四十一条 对行政机关公务员违法违纪案件进行调查，应当由2名以上办案人员进行；接受调查的单位和个人应当如实提供情况。

严禁以暴力、威胁、引诱、欺骗等非法方式收集证据；非法收集的证据不得作为定案的依据。

第四十四条 给予行政机关公务员处分，应当自批准立案之日起6个月内作出决定；案情复杂或者遇有其他特殊情形的，办案期限可以延长，但是最长不得超过12个月。

## 法条精解

1. 公务员违纪的，处分决定机关应对违纪情况进行调查，并将结果告知公务员本人。公务员有权进行



陈述和申辩。

2. 处分决定应当以书面形式通知公务员本人。

3. 对于处分的处理,《公务员法》只是做了概括性规定,具体规定还得看《行政机关公务员处分条例》的相关法条。

### 真题示例

1. (四川 2008-2-98) 某县信访局局长申某违反规定超计划生育,若给予其行政处分,下列说法正确的是:

- A. 对申某的处分,既可由某县政府决定,也可由某县政府的上级政府决定
- B. 对申某处分的办案期限为自批准立案之日起最长不得超过 12 个月
- C. 对申某处分案件的调查应由两名以上办案人员进行
- D. 对申某处分决定应经任免机关领导成员集体讨论决定

答案: BCD。

解析: 根据《行政机关公务员处分条例》第 37 条规定, A 项说法错误。根据《行政机关公务员处分条例》第 44 条规定, B 项说法正确。根据《行政机关公务员处分条例》第 41 条规定, C 项说法正确。根据《行政机关公务员处分条例》第 39 条规定, D 项说法正确。综上, 本题的正确答案是 BCD。

2. (2009-2-82) 下列哪些选项属于对公务员的处分?

- A. 降级
- B. 免职
- C. 撤职
- D. 责令辞职

答案: AC。

解析: 本题考核公务员处分种类。《公务员法》第 56 条规定, 处分分为: 警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

### 重点法条

第五十八条 公务员在受处分期间不得晋升职务和级别, 其中受记过、记大过、降级、撤职处分的, 不得晋升工资档次。

受处分的期间为: 警告, 六个月; 记过, 十二个月; 记大过, 十八个月; 降级、撤职, 二十四个月。

受撤职处分的, 按照规定降低级别。

第五十九条 公务员受开除以外的处分, 在受处分期间有悔改表现, 并且没有再发生违纪行为的, 处分期满后, 由处分决定机关解除处分并以书面形式通知本人。

解除处分后, 晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是, 解除降级、撤职处分的, 不视为恢复原级别、原职务。

#### 【关联法条】

#### 《行政机关公务员处分条例》

第二条 行政机关公务员违反法律、法规、规章以及行政机关的决定和命令, 应当承担纪律责任的, 依照本条例给予处分。

法律、其他行政法规、国务院决定对行政机关公务员处分有规定的, 依照该法律、行政法规、国务院决定的规定执行; 法律、其他行政法规、国务院决定对行政机关公务员应当受到处分的违法违纪行为做了规定, 但是未对处分幅度做规定的, 适用本条例第三章与其最相类似的条款有关处分幅度的规定。

地方性法规、部门规章、地方政府规章可以补充规定本条例第三章未作规定的应当给予处分的违法违纪行为以及相应的处分幅度。除国务院监察机关、国务院人事部门外, 国务院其他部门制定处分规章, 应当与国务院监察机关、国务院人事部门联合制定。

除法律、法规、规章以及国务院决定外, 行政机关不得以其他形式设定行政机关公务员处分事项。

第九条 行政机关公务员受开除处分的, 自处分决定生效之日起, 解除其与单位的人事关系, 不得再担任公务员职务。

行政机关公务员受开除以外的处分, 在受处分期间有悔改表现, 并且没有再发生违法违纪行为的, 处分期满后, 应当解除处分。解除处分后, 晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是, 解除降级、撤职处分的, 不视为恢复原级别、原职务。







第十七条 违法违纪的行政机关公务员在行政机关对其作出处分决定前，已经依法被判处刑罚、罢免、免职或者已经辞去领导职务，依法应当给予处分的，由行政机关根据其违法违纪事实，给予处分。

行政机关公务员依法被判处刑罚的，给予开除处分。

第五十二条 有违法违纪行为应当受到处分的行政机关公务员，在处分决定机关作出处分决定前已经退休的，不再给予处分；但是，依法应当给予降级、撤职、开除处分的，应当按照规定相应降低或者取消其享受的待遇。

### 法条精解

1. 关于处分禁止的规定应分两个层面讲：

(1) 对于所有处分，在处分期间，不得晋升职务和级别。

(2) 对于受记过、记大过、降级、撤职等四种处分的，不得晋升工资档次。换言之，对于警告这种轻微处分，处分期间还是可以晋升工资档次的。

2. 处分期限的规定，处分越重，期限越长。

3. 处分的解除需满足三个条件：①在受处分期间有悔改表现；②没有再发生违纪行为的；③处分期届满。而处分的解除需要以书面的形式通知公务员本人。

4. 处分解除后的效果是：晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是，解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务。

### 真题示例

(四川 2008-2-80) 关于对行政机关公务员的处分，下列哪些说法是正确的？

- A. 某公安局干部梁某违法虽应受到处分，但在作出处分决定之前其已办理退休手续，应不再给予处分
- B. 某县政府办公室干部刘某的撤职处分一年后被撤销，应恢复其原职务、级别、工资档次
- C. 某县政府可以制定文件对本县行政机关公务员处分作出补充性规定
- D. 某民政局应对因贪污被判处有期徒刑 3 年的干部何某给予开除处分

答案：AD。

解析：根据《行政机关公务员处分条例》第 52 条规定，A 项说法正确。根据《行政机关公务员处分条例》第 9 条第 2 款规定，B 项说法错误。根据《行政机关公务员处分条例》第 2 条第 3 款规定，县政府不是地方政府规章的制定主体，因此，不能对本县行政机关公务员处分作出补充性规定。因此，C 项说法错误。根据《行政机关公务员处分条例》第 17 条第 2 款规定，行政机关公务员依法被判处刑罚的，给予开除处分。因此，D 项说法正确。

### 重点法条

第六十三条 国家实行公务员交流制度。

公务员可以在公务员队伍内部交流，也可以与国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员交流。

交流的方式包括调任、转任和挂职锻炼。

第六十六条 根据培养锻炼公务员的需要，可以选派公务员到下级机关或者上级机关、其他地区机关以及国有企业事业单位挂职锻炼。

公务员在挂职锻炼期间，不改变与原机关的人事关系。

#### 【关联法条】

#### 《公务员法》

第四十七条 公务员在定期考核中被确定为不称职的，按照规定程序降低一个职务层次任职。

第九十七条 机关聘任公务员，应当按照平等自愿、协商一致的原则，签订书面的聘任合同，确定机关与所聘公务员双方的权利、义务。聘任合同经双方协商一致可以变更或者解除。

聘任合同的签订、变更或者解除，应当报同级公务员主管部门备案。

### 法条精解

1. 公务员的交流制度，既可以在公务员队伍内部交流，也可以与国有企业事业单位、人民团体和群众

团体中从事公务的人员交流。交流的方式只包括调任、转任和挂职锻炼三种。

2. 调任、转任均改变与原单位的人事关系，但挂职锻炼不改变与原机关的人事关系。转任与挂职锻炼都不影响公务员身份。

### 真题示例

(2006-2-49) 下列哪种做法符合《公务员法》的规定？

- A. 某卫生局副局长李某因在定期考核中被确定为基本称职，被降低一个职务层次任职
- B. 某市税务局干部沈某到该市某国有企业中挂职锻炼一年
- C. 某市公安局与技术员田某签订的公务员聘任合同，应当报该市组织部门批准
- D. 某地环保局办事员齐某对在定期考核中被定为基本称职不服，向有关部门提出申诉

答案：B。

解析：根据《公务员法》第 47 条规定，A 错误。根据《公务员法》第 66 条规定，B 正确。根据《公务员法》第 97 条规定，D 错误。

### 重点法条

第六十八条 公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的，不得在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务，也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作。

因地域或者工作性质特殊，需要变通执行任职回避的，由省级以上公务员主管部门规定。

第六十九条 公务员担任乡级机关、县级机关及其有关部门主要领导职务的，应当实行地域回避，法律另有规定的除外。

第七十条 公务员执行公务时，有下列情形之一的，应当回避：

- (一) 涉及本人利害关系的；
- (二) 涉及与本人有本法第六十八条第一款所列亲属关系人员的利害关系的；
- (三) 其他可能影响公正执行公务的。

### 法条精解

1. 关于第 68 条，任职回避要注意直接上下级领导关系，包括上一级正副职与下一级正副职之间的领导关系。而变通执行任职回避的规定是省级公务员主管部门和中央公务员主管部门规定的。

2. 关于第 69 条，县级机关及其有关部门主要领导职务主要是指县党委、政府以及纪检机关、组织部门、人民法院、人民检察院、公安部门正职领导职务。但法律可以作特别规定，比如民族乡乡长、自治县县长、自治县人大常委会主任或副主任。

3. 关于第 70 条，要熟记公务员的回避情形，可以与刑诉、民诉等关于回避制度的规定，合并记忆。

### 真题示例

(2007-2-85) 下列哪些情形违反《公务员法》有关回避的规定？

- A. 张某担任家乡所在县的县长
- B. 刘某是工商局局长，其侄担任工商局人事处科员
- C. 王某是税务局工作人员，参加调查一企业涉嫌偷漏税款案，其妻之弟任该企业的总经理助理
- D. 李某是公安局局长，其妻在公安局所属派出所担任户籍警察

答案：ABC。

解析：根据《公务员法》第 69 条规定，张某不能担任家乡所在县的县长，所以 A 是应选选项。B 项中刘某的侄子在刘某任局长的工商局担任工商局人事处科员是不符合《公务员法》第 68 条的规定的，所以 B 为应选选项。C 项中王某的妻弟与王某是姻亲关系，王某参与调查的企业偷税漏税案件与其妻弟有利害关系，根据《公务员法》第 70 条的规定，王某应当回避。所以 C 是应选选项。D 项中，尽管李某与其妻子都在公安系统工作，且妻子在李某担任局长的公安局所属派出所工作，但是因为李某与妻子不存在在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务的情形，妻子也不是在派出所中从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作，所以 D 项表述的情形是符合《公务员法》的规定的，



不应选。故此，本题的正确选项是 ABC。

## 重点法条

第八十二条 担任领导职务的公务员，因工作变动依照法律规定需要辞去现任职务的，应当履行辞职手续。

担任领导职务的公务员，因个人或者其他原因，可以自愿提出辞去领导职务。

领导成员因工作严重失误、失职造成重大损失或者恶劣社会影响的，或者对重大事故负有领导责任的，应当引咎辞去领导职务。

领导成员应当引咎辞职或者因其他原因不再适合担任现任领导职务，本人不提出辞职的，应当责令其辞去领导职务。

第八十三条 公务员有下列情形之一的，予以辞退：

(一) 在年度考核中，连续两年被确定为不称职的；

(二) 不胜任现职工作，又不接受其他安排的；

(三) 因所在机关调整、撤销、合并或者缩减编制员额需要调整工作，本人拒绝合理安排的；

(四) 不履行公务员义务，不遵守公务员纪律，经教育仍无转变，不适合继续在机关工作，又不宜给予开除处分的；

(五) 旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归连续超过十五天，或者一年内累计超过三十天的。

第八十四条 对有下列情形之一的公务员，不得辞退：

(一) 因公致残，被确认丧失或者部分丧失工作能力的；

(二) 患病或者负伤，在规定的医疗期内的；

(三) 女性公务员在孕期、产假、哺乳期内的；

(四) 法律、行政法规规定的其他不得辞退的情形。

第八十五条 辞退公务员，按照管理权限决定。辞退决定应当以书面形式通知被辞退的公务员。

被辞退的公务员，可以领取辞退费或者根据国家有关规定享受失业保险。

### 【关联法条】

#### 《公务员法》

第八十六条 公务员辞职或者被辞退，离职前应当办理公务交接手续，必要时按照规定接受审计。

## 法条精解

1. 关于第 82 条，要注意领导辞职有：因公辞职、自愿辞职、引咎辞职和责令辞职四种。辞去领导职务并不影响公务员的身份。

2. 关于第 83 条，公务员辞退的法定事由规定，这属于绝对性规定，仅限这五种情形，否则不得辞退。所以，应准确记忆这五种情形。

3. 关于第 84 条，明确了不得辞退的情形，这是为了保护公务员的利益，明确这几种情形下无论何事皆不得辞退。也应准确记忆。

## 真题示例

(2005-2-90) 下列哪些做法不符合有关公务员管理的法律法规规定？

A. 县公安局法制科科员李某因 2002 年和 2004 年年度考核不称职被辞退

B. 小王 2004 年 7 月通过公务员考试进入市法制办工作，因表现突出于 2005 年 1 月转正

C. 办事员张某辞职离开县政府，单位要求他在离职前办理公务交接手续

D. 县财政局办事员田某对单位的开除决定不服向县人事局申诉，在申诉期间财政局应当保留田某的工作

答案：ABD。

解析：根据《公务员法》第 83 条第 1 项规定，选项 A 中李某考核不称职并非“连续两年”，据此选项 A 错误，应选。根据《公务员法》第 32 条，新录用的公务员试用期为一年，即“转正”必须经过一年，小王转正仅为半年，B 应选。选项 C 符合《公务员法》第 86 条规定，不选。根据《公务员法》第 91 条第 2



款，申诉期间不停止人事处理的执行。据此，选项 D 错误，应选。

## 重点法条

第八十七条 公务员达到国家规定的退休年龄或者完全丧失工作能力的，应当退休。

第八十八条 公务员符合下列条件之一的，本人自愿提出申请，经任免机关批准，可以提前退休：

- (一) 工作年限满三十年的；
- (二) 距国家规定的退休年龄不足五年，且工作年限满二十年的；
- (三) 符合国家规定的可以提前退休的其他情形的。

## 法条精解

1. 关于第 87 条，退休包括应当退休和可以退休。应当退休属于义务，可以退休是权利，须经过批准。而完全丧失工作能力才应当退休，因公致残，被确认为全部丧失工作能力的，不得辞退，但应当退休。

2. 关于第 88 条，提前退休其实就是可以退休，是公务员的一种权利。应该准确记忆可以退休的情形。并且注意可以退休，还需要经过有关部门的批准。

## 重点法条

第九十条 公务员对涉及本人的下列人事处理不服的，可以自知道该人事处理之日起三十日内向原处理机关申请复核；对复核结果不服的，可以自接到复核决定之日起十五日内，按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉；也可以不经复核，自知道该人事处理之日起三十日内直接提出申诉：

- (一) 处分；
- (二) 辞退或者取消录用；
- (三) 降职；
- (四) 定期考核定为不称职；
- (五) 免职；
- (六) 申请辞职、提前退休未予批准；
- (七) 未按规定确定或者扣减工资、福利、保险待遇；
- (八) 法律、法规规定可以申诉的其他情形。

对省级以下机关作出的申诉处理决定不服的，可以向作出处理决定的上一级机关提出再申诉。

行政机关公务员对处分不服向行政监察机关申诉的，按照《中华人民共和国行政监察法》的规定办理。

第九十一条 原处理机关应当自接到复核申请书后的三十日内作出复核决定。受理公务员申诉的机关应当自受理之日起六十日内作出处理决定；案情复杂的，可以适当延长，但是延长时间不得超过三十日。

复核、申诉期间不停止人事处理的执行。

## 法条精解

1. 关于第 90 条，向原机关申请复核条件是提出申诉的可选程序。向行政监察机关申诉仅限于行政机关公务员对处分不服的情形。申诉一般分两级，对省级以下机关作出的申诉处理决定不服的，可以向作出处理决定的上一级机关提出再申诉；若申诉处理决定是省级以上机关作出的，不得再申诉。

2. 关于第 91 条，公务员申请复核的，原处理机关应当自接到复核申请书后的 30 日内作出复核决定。公务员申诉的，受理机关应当自受理之日起 60 日内作出处理决定。而复核、申诉期间都不停止人事处理的执行。

## 真题示例

(2006-2-93) 王某为某县劳动与社会保障局的一名科长，因违纪受到降级处分。下列何种说法不符合《公务员法》的规定？

- A. 王某对处分不服，可自接到处分决定之日起 30 日内向某县人事局提出申诉
- B. 王某对处分不服申请复核时，复核期间应暂停对王某的处分
- C. 王某受处分期间，不得晋升级别和享受年终奖金
- D. 处分解除后，王某的原级别即自行恢复







答案：ABCD。

解析：根据《公务员法》第90条规定，A所指的申诉期限的起算点错误，应选。根据《公务员法》第91条第2款规定，复核、申诉期间不停止人事处理决定的执行。B错误，应选。根据《公务员法》第58条规定，公务员在受处分期间不得晋升职务和级别，其中受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次，并未指明不能享受年终奖金。所以C错误，应选。根据《公务员法》第59条第2款规定，解除处分后，晋升工资档次、级别和职务不再受原处分的影响。但是，解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务。D项错误，应选。

### 重点法条

第一百零二条 公务员辞去公职或者退休的，原系领导成员的公务员在离职三年内，其他公务员在离职两年内，不得到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职，不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。

公务员辞去公职或者退休后有违反前款规定行为的，由其原所在机关的同级公务员主管部门责令限期改正；逾期不改正的，由县级以上工商行政管理部门没收该人员从业期间的违法所得，责令接收单位将该人员予以清退，并根据情节轻重，对接收单位处以被处罚人员违法所得一倍以上五倍以下的罚款。

### 法条精解

1. 领导成员与其他公务员离职回避的期限不同，领导成员是3年，而普通公务员是2年。
2. 公务员违反规定，工商行政管理部门只没收从业期间的违法所得，没有规定对其罚款，而对接收单位可罚款。

### 重点法条

第七条 国务院公安部门负责全国的治安管理工作。县级以上地方各级人民政府公安机关负责本行政区域内的治安管理工作。

治安案件的管辖由国务院公安部门规定。

第八条 违反治安管理的行为对他人造成损害的，行为人或者其监护人应当依法承担民事责任。

第九条 对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。经公安机关调解，当事人达成协议的，不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的，公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚，并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。

#### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第一条 公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。

公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：

- (一) 行政诉讼法第十二条规定的行为；
- (二) 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；
- (三) 调解行为以及法律规定的仲裁行为；
- (四) 不具有强制力的行政指导行为；
- (五) 驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；
- (六) 对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。

### 法条精解

1. 治安案件的管辖由国务院公安部门规定，而负责本行政区域内的治安管理工作的一般都是县级以上地方各级人民政府公安机关。

2. 违反治安管理的行为对他人造成损害的，民事责任是由行为人或者其监护人承担。

3. 公安机关对因违反治安管理行为而发生的民事争议仅有调解权，无裁决权。调解不是必经的程序，只对情节较轻的“可以”调解，而调解是否成功决定是否给予处罚。处罚后对民事争议不予处理，仅有告

### 真题示例

(2007-2-91) 安某放的羊吃了朱某家的玉米秸，二人争执。安某殴打朱某，致其左眼部青紫、鼻骨骨折，朱某被鉴定为轻微伤。在公安分局的主持下，安某与朱某达成协议，由安某向朱某赔偿 500 元。下列说法正确的是：

- A. 安某与朱某达成协议后，仍可以对安某进行治安处罚
- B. 如果安某拒不履行协议，朱某可以直接向法院提起行政诉讼
- C. 如果安某拒不履行协议，朱某应当先向区公安分局的上一级机关申请行政复议，对复议决定不服再提起行政诉讼
- D. 如果安某拒不履行协议，朱某可以向法院提起民事诉讼

答案：D。

解析：根据《治安管理处罚法》第 9 条规定，A、C 的说法是错误的，D 的说法是正确的。根据《若干解释》第 1 条第 2 款规定，B 的说法是错误的，因为行政调解行为属于不可诉的行为。本题正确答案是 D。

### 重点法条

第十条 治安管理处罚的种类分为：

- (一) 警告；
- (二) 罚款；
- (三) 行政拘留；
- (四) 吊销公安机关发放的许可证。

对违反治安管理的外国人，可以附加适用限期出境或者驱逐出境。

第十二条 已满十四周岁不满十八周岁的人违反治安管理的，从轻或者减轻处罚；不满十四周岁的人违反治安管理的，不予处罚，但是应当责令其监护人严加管教。

第十三条 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候违反治安管理的，不予处罚，但是应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候违反治安管理的，应当给予处罚。

第十四条 盲人或者又聋又哑的人违反治安管理的，可以从轻、减轻或者不予处罚。

第十五条 醉酒的人违反治安管理的，应当给予处罚。

醉酒的人在醉酒状态中，对本人有危险或者对他人的人身、财产或者公共安全有威胁的，应当对其采取保护性措施约束至酒醒。

#### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

第十六条 有两种以上违反治安管理行为的，分别决定，合并执行。行政拘留处罚合并执行的，最长不超过二十日。

第八十四条 询问笔录应当交被询问人核对；对没有阅读能力的，应当向其宣读。记载有遗漏或者差错的，被询问人可以提出补充或者更正。被询问人确认笔录无误后，应当签名或者盖章，询问的人民警察也应当在笔录上签名。

被询问人要求就被询问事项自行提供书面材料的，应当准许；必要时，人民警察也可以要求被询问人自行书写。

询问不满十六周岁的违反治安管理行为人，应当通知其父母或者其他监护人到场。

第九十七条 公安机关应当向被处罚人宣告治安管理处罚决定书，并当场交付被处罚人；无法当场向被处罚人宣告的，应当在二日内送达被处罚人。决定给予行政拘留处罚的，应当及时通知被处罚人的家属。有被侵害人的，公安机关应当将决定书副本抄送被侵害人。

《行政处罚法》第八条 行政处罚的种类：

- (一) 警告；
- (二) 罚款；
- (三) 没收违法所得、没收非法财物；
- (四) 责令停产停业；



- (五) 暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;
- (六) 行政拘留;
- (七) 法律、行政法规规定的其他行政处罚。

## 法条精解

1. 第10条注意与《行政处罚法》第8条规定的行政处罚的种类进行比较,前三种是共同的,注意第四种只有吊销没有暂扣,只有许可证没有执照,且只有公安机关发放的许可证。要明确记忆治安处罚的种类是与行政处罚的种类区分的关键。

2. 对未成年人的处罚原则,与《刑法》第17条关于未成年人犯罪的规定,还有《行政处罚法》第25条的规定,三者的态度是一致的。可以合并记忆。

3. 对精神病人、聋哑人、醉酒人的处理原则应当与刑法中的规定相比较来记忆。

## 真题示例

(四川2008-2-44)李某与张某因工作产生矛盾。自2006年11月至2007年1月期间,李某不断向张某发送手机短信,对张某进行人身攻击,但张某考虑到自己的干部身份未向公安机关报案。2007年10月8日上午,李某醉酒后将张某打成轻微伤,张某随即向公安机关报案,并要求公安机关对李某以前的短信辱骂行为一并处罚。下列哪一选项是正确的?

- A. 公安机关到现场后即应对李某采取保护性约束措施,但不得超过24小时
- B. 公安机关无法当场向李某宣告处罚决定书的,应在2日内送达李某
- C. 公安机关对张某的询问笔录应交给张某核对,张某确认无误后应签名,并由询问的警察在笔录上签名,公安机关加盖印章
- D. 公安机关对李某用短信辱骂张某和伤害张某的行为,应分别作出处罚决定,合并执行

答案: B。

解析: 根据《治安管理处罚法》第15条第2款规定可知,保护性约束措施至行为人酒醒为止,没有具体时间的限制。因此, A项说法错误。根据《治安管理处罚法》第97条第1款规定, B项说法正确。根据《治安管理处罚法》第84条第1款规定, 笔录只需警察签名即可, 不需要加盖公安机关的印章。因此, C项说法错误。

## 重点法条

第十九条 违反治安管理有下列情形之一的, 减轻处罚或者不予处罚:

- (一) 情节特别轻微的;
- (二) 主动消除或者减轻违法后果, 并取得被侵害人谅解的;
- (三) 出于他人胁迫或者诱骗的;
- (四) 主动投案, 向公安机关如实陈述自己的违法行为的;
- (五) 有立功表现的。

第二十条 违反治安管理有下列情形之一的, 从重处罚:

- (一) 有较严重后果的;
- (二) 教唆、胁迫、诱骗他人违反治安管理的;
- (三) 对报案人、控告人、举报人、证人打击报复的;
- (四) 六个月内曾受过治安管理处罚的。

第二十一条 违反治安管理行为有下列情形之一的, 依照本法应当给予行政拘留处罚的, 不执行行政拘留处罚:

- (一) 已满十四周岁不满十六周岁的;
- (二) 已满十六周岁不满十八周岁, 初次违反治安管理的;
- (三) 七十周岁以上的;
- (四) 怀孕或者哺乳自己不满一周岁婴儿的。

第二十二条 违反治安管理行为在六个月内没有被公安机关发现的, 不再处罚。

前款规定的期限, 从违反治安管理行为发生之日起计算; 违反治安管理行为有连续或者继续状态的,



从行为终了之日起计算。

### 【关联法条】

#### 《行政处罚法》

第二十九条 违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。

前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。

### 法条精解

1. 明确减轻或者免除处罚以及从重处罚的情形。

2. 注意第21条中第1项和第2项的区别，前者不管是不是初次违法治安管理，都不执行行政拘留，后者限于初犯。第21条简单记忆为“十六初犯七怀哺”。

3. 第22条要与行政处罚相比较记忆，行政处罚的追诉时效是2年，违反税收法律法规应给予行政处罚的追诉时效是5年。

### 真题示例

(2003-2-26) 李某自1997年4月起开始非法制造、贩卖匕首，至次年1月停止。1998年8月公安机关根据举报发现了李某的违法行为。下列哪一种说法是正确的？

- A. 对李某违法行为的追究时效应从1997年4月起算
- B. 公安机关不应对李某予以处罚
- C. 李某系主动停止违法行为，可以从轻处罚
- D. 若李某配合查处违法行为，应当减轻处罚

答案：B。

解析：《行政处罚法》第29条规定，违法行为在2年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。《治安管理处罚条例》第18条规定，违反治安管理行为在六个月内公安机关没有发现的，不再处罚。前款期限从违反治安管理行为发生之日起计算，违反治安管理行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。故选B。

### 重点法条

第八十一条 人民警察在办理治安案件过程中，遇有下列情形之一的，应当回避；违反治安管理行为人、被侵害人或者其法定代理人也有权要求他们回避：

- (一) 是本案当事人或者当事人的近亲属的；
- (二) 本人或者其近亲属与本案有利害关系的；
- (三) 与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。

人民警察的回避，由其所属的公安机关决定；公安机关负责人的回避，由上一级公安机关决定。

第八十五条 人民警察询问被侵害人或者其他证人，可以到其所在单位或者住处进行；必要时，也可以通知其到公安机关提供证言。

人民警察在公安机关以外询问被侵害人或者其他证人，应当出示工作证件。

询问被侵害人或者其他证人，同时适用本法第八十四条的规定。

### 法条精解

1. 回避也分主动回避和依申请回避。而且人民警察的回避，由其所属的公安机关决定；公安机关负责人的回避，由上一级公安机关决定。

2. 治安管理处罚法中关于询问侵害人和证人的规定与刑事诉讼法的规定也很像。

### 重点法条

第九十一条 治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。





## 【关联法条】

### 《治安管理处罚法》

第九十七条 公安机关应当向被处罚人宣告治安管理处罚决定书，并当场交付被处罚人；无法当场向被处罚人宣告的，应当在二日内送达被处罚人。决定给予行政拘留处罚的，应当及时通知被处罚人的家属。

有被侵害人的，公安机关应当将决定书副本抄送被侵害人。

第一百条 违反治安管理行为事实清楚，证据确凿，处警告或者二百元以下罚款的，可以当场作出治安管理处罚决定。

第一百零二条 被处罚人对治安管理处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

### 《行政处罚法》

第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织：

（一）当事人要求听证的，应当在行政机关告知后三日内提出；

（二）行政机关应当在听证的七日前，通知当事人举行听证的时间、地点；

（三）除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行；

（四）听证由行政机关指定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避；

（五）当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理；

（六）举行听证时，调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议；当事人进行申辩和质证；

（七）听证应当制作笔录；笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。

当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的，依照治安管理处罚条例有关规定执行。

第四十五条 当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的，行政处罚不停止执行，法律另有规定的除外。

## 法条精解

1. 注意治安管理处罚的决定机关是县级以上公安机关，而其中的警告、500 元以下的罚款可以由公安派出所决定，要熟记这一派出所作出决定的处罚决定的范围。

2. 注意可以当场作出治安管理处罚决定的范围。

## 真题示例

1. （2006 - 2 - 82）2006 年 5 月 2 日，吴某到某县郊区旅社住宿，拒不出示身份证件，与旅社工作人员争吵并强行住入该旅社。该郊区派出所以扰乱公共秩序为由，决定对吴某处以 300 元罚款。下列哪些说法是正确的？

- A. 派出所可以自己的名义作出该处罚决定
- B. 派出所可以当场作出该处罚决定
- C. 公安机关应当将此决定书副本抄送郊区旅社
- D. 吴某对该罚款决定不服，应当先申请复议才能提起行政诉讼

答案：AC。

解析：根据《治安管理处罚法》第 91 条规定，派出所可以以自己的名义对吴某处以 300 元罚款，A 项正确，应选。根据《治安管理处罚法》第 100 条规定，派出所不能当场决定对吴某处以 300 元罚款，B 错误，不应选。根据《治安管理处罚法》第 97 条规定，郊区旅社在这里是被侵害人，公安机关应当将决定书副本抄送郊区旅社，C 正确，应选。根据《治安管理处罚法》第 102 条规定，D 错误，不选。

2. （2008 - 2 - 49）某区公安局派出所突击检查孔某经营的娱乐城，孔某向正在赌博的人员通风报信，派出所突击检查一无所获。派出所工作人员将孔某带回调查，孔某因受到逼供而说出实情。派出所据此决定对孔某拘留 10 日，孔某不服提起诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 在作出拘留决定前，孔某有权要求举行听证
- B. 对孔某的拘留决定违法
- C. 某区公安分局派出所是本案被告
- D. 因孔某起诉，公安机关应暂缓执行拘留决定

答案：B。



**解析：**根据《行政处罚法》第42条规定可知，对于行政处罚的听证不包括行政拘留，因此A项错误，不选。根据《治安管理处罚法》第91条规定可知，公安派出所仅对警告、500元以下的罚款有处罚决定权，对行政拘留没有决定权，因此，该派出所作出拘留决定的做法是违法的，B项说法正确，应选。根据《若干解释》第20条第2款规定，因为该派出所没有拘留的处罚权，属于种类越权，因此，被告应该是区公安分局，而非该派出所，因此C项错误。根据《行政处罚法》第45条规定，除非有法律的特别规定，否则，孔某虽然起诉，但是公安机关不停止行政处罚的执行，因此，D项错误。

### 重点法条

第八十七条 公安机关对与违反治安管理行为有关的场所、物品、人身可以进行检查。检查时，人民警察不得少于二人，并应当出示工作证件和县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。对确有必要立即进行检查的，人民警察经出示工作证件，可以当场检查，但检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。

检查妇女的身体，应当由女性工作人员进行。

第八十八条 检查的情况应当制作检查笔录，由检查人、被检查人和见证人签名或者盖章；被检查人拒绝签名的，人民警察应当在笔录上注明。

#### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

第七十七条 公安机关对报案、控告、举报或者违反治安管理行为人主动投案，以及其他行政主管部门、司法机关移送的违反治安管理案件，应当及时受理，并进行登记。

第八十九条 公安机关办理治安案件，对与案件有关的需要作为证据的物品，可以扣押；对被侵害人或者善意第三人合法占有的财产，不得扣押，应当予以登记。对与案件无关的物品，不得扣押。

对扣押的物品，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由调查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。

对扣押的物品，应当妥善保管，不得挪作他用；对不宜长期保存的物品，按照有关规定处理。经查明与案件无关的，应当及时退还；经核实属于他人合法财产的，应当登记后立即退还；满六个月无人对该财产主张权利或者无法查清权利人的，应当公开拍卖或者按照国家有关规定处理，所得款项上缴国库。

第九十条 为了查明案情，需要解决案件中有争议的专门性问题的，应当指派或者聘请具有专门知识的人员进行鉴定；鉴定人鉴定后，应当写出鉴定意见，并且签名。

### 法条精解

1. 关于公安机关执行检查的规定，一是人数不得少于2人；二是应当出示工作证件和县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件，紧急情况除外。检查妇女的身体，应当由女性工作人员进行。这一切与刑事诉讼法的规定相同，可联合记忆。

2. 检查的情况应当制作检查笔录。由检查人、被检查人和见证人签名或者盖章；被检查人拒绝签名的，人民警察应当在笔录上注明。这也与刑事诉讼法的规定相同，可联合记忆。

### 真题示例

（2009-2-88）某县公安局接到有人在薛某住所嫖娼的电话举报，遂派员前往检查。警察到达举报现场，敲门未开破门入室，只见薛某一人。薛某拒绝在检查笔录上签字，警察在笔录上注明这一情况。薛某认为检查行为违法，提起行政诉讼。下列哪些选项是正确的？

- A. 某县公安局应当对电话举报进行登记
- B. 警察对薛某住所进行检查时不得少于二人
- C. 警察对薛某住所进行检查时应当出示工作证件和县级以上政府公安机关开具的检查证明文件
- D. 因薛某未在警察制作的检查笔录上签字，该笔录在行政诉讼中不具有证据效力

**答案：**ABC。

**解析：**本题考核治安管理处罚中检查程序。根据《治安管理处罚法》第77条规定，A项正确。根据《治安管理处罚法》第87条第1款规定，B、C正确。根据《治安管理处罚法》第88条规定，D项错误，被检查人拒绝签名的，人民检察在笔录上注明，该检查笔录仍然具有证据效力。



## 重点法条

第九十六条 公安机关作出治安管理处罚决定的，应当制作治安管理处罚决定书。决定书应当载明下列内容：

- (一) 被处罚人的姓名、性别、年龄、身份证件的名称和号码、住址；
- (二) 违法事实和证据；
- (三) 处罚的种类和依据；
- (四) 处罚的执行方式和期限；
- (五) 对处罚决定不服，申请行政复议、提起行政诉讼的途径和期限；
- (六) 作出处罚决定的公安机关的名称和作出决定的日期。

决定书应当由作出处罚决定的公安机关加盖印章。

第九十七条 公安机关应当向被处罚人宣告治安管理处罚决定书，并当场交付被处罚人；无法当场向被处罚人宣告的，应当在二日内送达被处罚人。决定给予行政拘留处罚的，应当及时通知被处罚人的家属。

有被侵害人的，公安机关应当将决定书副本抄送被侵害人。

## 法条精解

1. 明确记忆治安管理处罚决定书的内容。
2. 处罚决定书的宣告、送达与传票的规定类似，可以类比记忆。

## 重点法条

第九十八条 公安机关作出吊销许可证以及处二千元以上罚款的治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人有权要求举行听证；违反治安管理行为人要求听证的，公安机关应当及时依法举行听证。

第九十九条 公安机关办理治安案件的期限，自受理之日起不得超过三十日；案情重大、复杂的，经上一级公安机关批准，可以延长三十日。

为了查明案情进行鉴定的期间，不计入办理治安案件的期限。

第一百条 违反治安管理行为事实清楚，证据确凿，处警告或者二百元以下罚款的，可以当场作出治安管理处罚决定。

第一百零二条 被处罚人对治安管理处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

## 法条精解

1. 关于第98条，只有吊销许可证和处2000元以上罚款两种情况下，公安机关才有义务告知听证的权利。而举行听证是当事人的权利，当事人可以要求听证，也可以不要求听证。是否听证取决于当事人是否申请，公安机关无权决定。

2. 关于第99条，公安机关办理治安案件的期限是从受理之日起算，而延长期限的批准机关是上一级公安机关，其中鉴定期间是不计入办案期限的。

3. 关于第100条，当场作出处罚决定仅限于处警告或者200元以下的罚款这两种，并且当场作出处罚决定并不等于当场执行。

4. 关于第102条，注意被处罚人对治安管理处罚决定不服时，可以采取行政复议或者诉讼，复议和诉讼是选择关系，复议并不是诉讼的前置程序。

## 重点法条

第一百零四条 受到罚款处罚的人应当自收到处罚决定书之日起十五日内，到指定的银行缴纳罚款。但是，有下列情形之一的，人民警察可以当场收缴罚款：

- (一) 被处五十元以下罚款，被处罚人对罚款无异议的；
- (二) 在边远、水上、交通不便地区，公安机关及其人民警察依照本法的规定作出罚款决定后，被处罚人向指定的银行缴纳罚款确有困难，经被处罚人提出的；
- (三) 被处罚人在当地没有固定住所，不当场收缴事后难以执行的。

第一百零五条 人民警察当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起二日内，交至所属的公安机关；在



水上、旅客列车上当场收缴的罚款，应当自抵岸或者到站之日起二日内，交至所属的公安机关；公安机关应当自收到罚款之日起二日内将罚款缴付指定的银行。

第一百零七条 被处罚人不服行政拘留处罚决定，申请行政复议、提起行政诉讼的，可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请。公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险的，由被处罚人或者其近亲属提出符合本法第一百零八条规定条件的担保人，或者按每日行政拘留二百元的标准交纳保证金，行政拘留的处罚决定暂缓执行。

#### 【关联法条】

#### 《治安管理处罚法》

第二十一条 违反治安管理行为人有下列情形之一的，依照本法应当给予行政拘留处罚的，不执行行政拘留处罚：

- (一) 已满十四周岁不满十六周岁的；
- (二) 已满十六周岁不满十八周岁，初次违反治安管理的；
- (三) 七十周岁以上的；
- (四) 怀孕或者哺乳自己不满一周岁婴儿的。

#### 法条精解

1. 关于第104条，第1项中要求被处罚人对罚款无异议，数额是50元以下，而当场作出罚款的最高数额是200元；第2项不是必须当场收缴，只有当被处罚人提出时才当场收缴。

2. 关于第105条，当场收缴罚款的缴纳，需在收缴罚款之日起2日内交至所属的公安机关，在水上、旅客列车上的，是到站后2日内，而公安机关在收到罚款后，也是2日内交付至指定银行。

3. 关于第107条，暂缓执行必须同时满足四个条件：①被处罚人不服提起复议或诉讼；②申请；③不致发生社会危险；④担保人或保证金。要注意担保人或保证金有一项即可，并不需要两者同时具备。这可以与本法第21条的行政拘留处罚不执行比较。

#### 真题示例

(2009-2-86) 黄某与张某之妻发生口角，被张某打成轻微伤。某区公安分局决定对张某拘留五日。黄某认为处罚过轻遂向法院起诉，法院予以受理。下列哪些选项是正确的？

- A. 某区公安分局在给予张某拘留处罚后，应及时通知其家属
- B. 张某之妻为本案的第三人
- C. 本案既可以由某区公安分局所在地的法院管辖，也可以由黄某所在地的法院管辖
- D. 张某不符合申请暂缓执行拘留的条件

答案：AD。

解析：本题考核行政拘留、行政诉讼管辖、当事人和暂缓拘留的条件。根据《治安管理处罚法》第97条规定，A项正确。根据《行政诉讼法》第27条规定，张某同提起诉讼的具体行政行为有利害关系，故张某为本案的第三人，并不是张某之妻，故B项错误。根据《行政诉讼法》第17条规定，本案为非经复议的案件，故管辖法院为区公安分局所在地的法院，C项说法错误。根据《治安管理处罚法》第107条规定，本案并不是被处罚人提起行政诉讼，所以张某不符合申请暂缓执行行政拘留的条件，D项正确。

#### 重点法条

第一百零八条 担保人应当符合下列条件：

- (一) 与本案无牵连；
- (二) 享有政治权利，人身自由未受到限制；
- (三) 在当地有常住户口和固定住所；
- (四) 有能力履行担保义务。

第一百零九条 担保人应当保证被担保人不逃避行政拘留处罚的执行。

担保人不履行担保义务，致使被担保人逃避行政拘留处罚的执行的，由公安机关对其处三千元以下罚款。

第一百一十条 被决定给予行政拘留处罚的人交纳保证金，暂缓行政拘留后，逃避行政拘留处罚的执行的，保证金予以没收并上缴国库，已经作出的行政拘留决定仍应执行。





第一百一十一条 行政拘留的处罚决定被撤销,或者行政拘留处罚开始执行的,公安机关收取的保证金应当及时退还交纳人。

### 法条精解

1. 关于第 108 条,担保人的条件应准确记忆,这与刑事程序中取保候审等提供的保证人的条件基本相同。
2. 关于第 109 条,要注意只有担保人不履行义务而导致被担保人逃避行政拘留的,才对担保人罚款,金额是 3000 元以下。
3. 关于第 110 条,保证金的没收仅在于被处罚人缴纳保证金暂缓行政拘留后,逃避行政拘留处罚执行的,保证金没收并上缴国库。
4. 关于第 111 条,保证金的退还是因为行政拘留的处罚决定被撤销,或者行政拘留处罚开始执行。

## 《行政法规制定程序条例》

### 重点法条

第二条 行政法规的立项、起草、审查、决定、公布、解释,适用本条例。

### 法条精解

《行政法规制定程序条例》包含立项、起草、审查、决定、公布、解释。注意包括解释的内容。

### 重点法条

第十条 行政法规由国务院组织起草。国务院年度立法工作计划确定行政法规由国务院的一个部门或者几个部门具体负责起草工作,也可以确定由国务院法制机构起草或者组织起草。

第十二条 起草行政法规,应当深入调查研究,总结实践经验,广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取召开座谈会、论证会、听证会等多种形式。

第十三条 起草行政法规,起草部门应当就涉及其他部门的职责或者与其他部门关系紧密的规定,与有关部门协商一致;经过充分协商不能取得一致意见的,应当在上报行政法规草案送审稿(以下简称行政法规送审稿)时说明情况和理由。

第十四条 起草行政法规,起草部门应当对涉及有关管理体制、方针政策等需要国务院决策的重大问题提出解决方案,报国务院决定。

第十五条 起草部门向国务院报送的行政法规送审稿,应当由起草部门主要负责人签署。几个部门共同起草的行政法规送审稿,应当由该几个部门主要负责人共同签署。

第十六条 起草部门将行政法规送审稿报送国务院审查时,应当一并报送行政法规送审稿的说明和有关材料。

行政法规送审稿的说明应当对立法的必要性,确立的主要制度,各方面对送审稿主要问题的不同意见,征求有关机关、组织和公民意见的情况等作出说明。有关材料主要包括国内外的有关立法资料、调研报告、考察报告等。

### 法条精解

1. 行政法规由国务院组织起草,起草的主体既可以是国务院的一个部门或者几个部门,也可以是国务院法制机构。
2. 行政法规的起草,是由相关部门提出解决方案,最终由国务院决定。
3. 对国务院草案的提交,需要有详细的说明和论证,因此之前需要做足够的调查和准备。

### 真题示例

(2008-2-41) 关于行政法规制定程序的说法,下列哪一选项是正确的?

- A. 行政法规的制定程序包括起草、审查、决定和公布,立项不属于行政法规制定程序



- B. 几个部门共同起草的行政法规送审稿报送国务院，应当由牵头部门主要负责人签署
- C. 对重要的行政法规送审稿，国务院法制办经国务院同意后向社会公布
- D. 行政法规应当在公布后 30 日内由国务院法制办报全国人大常委会备案

**答案：**C。

**解析：**根据《行政法规制定程序条例》第 2 条规定，A 的说法错误，不当选。根据《行政法规制定程序条例》第 15 条规定，B 错误，不当选。根据《行政法规制定程序条例》第 19 条第 2 款规定，C 正确，当选。根据《行政法规制定程序条例》第 30 条规定，D 的说法错误，不当选。本题正确答案是 C。

### 重点法条

第十八条 行政法规送审稿有下列情形之一的，国务院法制机构可以缓办或者退回起草部门：

- (一) 制定行政法规的基本条件尚不成熟的；
- (二) 有关部门对送审稿规定的主要制度存在较大争议，起草部门未与有关部门协商的；
- (三) 上报送审稿不符合本条例第十五条、第十六条规定的。

第十九条 国务院法制机构应当将行政法规送审稿或者行政法规送审稿涉及的主要问题发送国务院有关部门、地方人民政府、有关组织和专家征求意见。国务院有关部门、地方人民政府反馈的书面意见，应当加盖本单位或者本单位办公厅（室）印章。

重要的行政法规送审稿，经报国务院同意，向社会公布，征求意见。

第二十一条 行政法规送审稿涉及重大、疑难问题的，国务院法制机构应当召开由有关单位、专家参加的座谈会、论证会，听取意见，研究论证。

第二十二条 行政法规送审稿直接涉及公民、法人或者其他组织的切身利益的，国务院法制机构可以举行听证会，听取有关机关、组织和公民的意见。

### 法条精解

1. 要明确记忆国务院法制办可以将送审稿缓办或者退回起草部门的情形。
2. 关于第 19 条，要注意国务院有关部门、地方人民政府反馈的书面意见必须加盖公章，而且重要的行政法规送审稿的公布，需报经国务院同意。
3. 注意行政法规送审稿涉及重大、疑难问题的，只需要召开座谈会、论证会；而直接涉及公民、法人或者其他组织的切身利益的，才需要召开听证会。

### 重点法条

第二十六条 行政法规草案由国务院常务会议审议，或者由国务院审批。

国务院常务会议审议行政法规草案时，由国务院法制机构或者起草部门作说明。

第二十九条 行政法规应当自公布之日起三十日后施行；但是，涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍行政法规施行的，可以自公布之日起施行。

第三十条 行政法规在公布后的三十日内由国务院办公厅报全国人民代表大会常务委员会备案。

### 法条精解

1. 关于第 26 条，行政法规草案由国务院常务会议作出的是审议，而国务院的是审批，注意用词不同。而无论何者，国务院法制机构或者起草部门都需要作说明。
2. 关于第 29 条，行政法规一般在自公布之日起 30 日后施行，但要注意特殊情况，即涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍行政法规施行的，这三种情形是可以自公布之日起施行。
3. 关于第 30 条，要注意行政法规的备案主体是国务院办公厅。

### 重点法条

第三十一条 行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的，由国务院解释。

国务院法制机构研究拟订行政法规解释草案，报国务院同意后，由国务院公布或者由国务院授权国务院有关部门公布。

行政法规的解释与行政法规具有同等效力。



第三十二条 国务院各部门和省、自治区、直辖市人民政府可以向国务院提出行政法规解释要求。

第三十三条 对属于行政工作中具体应用行政法规的问题，省、自治区、直辖市人民政府法制机构以及国务院有关部门法制机构请求国务院法制机构解释的，国务院法制机构可以研究答复；其中涉及重大问题的，由国务院法制机构提出意见，报国务院同意后答复。

法条精解

1. 第31条是关于行政法规的解释，解释权在国务院，而国务院法制机构研究拟订行政法规解释草案，最终的公布需经过国务院同意。
2. 关于第32条，注意向国务院提出行政法规解释要求的主体，包括国务院各部门和省、自治区、直辖市人民政府。
3. 第33条是关于行政工作中具体应用行政法规的问题的答复，一般情况下国务院法制机构可以研究答复；但涉及重大问题的，由国务院法制机构提出意见，报国务院同意后答复。

真题示例

(2006-2-39) 下列关于行政法规解释的哪种说法是正确的？

A. 国务院各部门可以根据国务院授权解释行政法规

B. 行政法规条文本身需要作出补充规定的，由国务院解释

C. 在审判活动中行政法规条文本身需要进一步明确界限的，由最高人民法院解释

D. 对具体应用行政法规的问题，各级政府可以请求国务院法制机构解释

答案：B。

解析：《行政法规制定程序条例》第31条规定，行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的，由国务院解释，由此，行政法规的解释权属于国务院，国务院各部门和最高人民法院都无权解释，所以A错误，B正确，C错误。根据《行政法规制定程序条例》第32条规定，国务院各部门和省、自治区、直辖市人民政府可以向国务院提出行政法规解释要求。D错误。

《规章制定程序条例》

重点法条

第五条 制定规章，应当体现改革精神，科学规范行政行为，促进政府职能向经济调节、社会管理和公共服务转变。

制定规章，应当符合精简、统一、效能的原则，相同或者相近的职能应当规定由一个行政机关承担，简化行政管理手续。

第九条 国务院部门内设机构或者其他机构认为需要制定部门规章的，应当向该部门报请立项。

省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府所属工作部门或者下级人民政府认为需要制定地方政府规章的，应当向该省、自治区、直辖市或者较大的市的人民政府报请立项。

法条精解

1. 关于第5条，注意规章制定的原则是精简、统一、效能。要明确记忆这三个原则。
2. 关于第9条，国务院各部委，省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府等下一级机构认为需要制定地方政府规章的，应分别报请立项的机构不同。

重点法条

第十三条 部门规章由国务院部门组织起草，地方政府规章由省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府组织起草。

国务院部门可以确定规章由其一个或者几个内设机构或者其他机构具体负责起草工作，也可以确定由其法制机构起草或者组织起草。

省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府可以确定规章由其一个部门或者几个部门具体负责起草工

作，也可以确定由其法制机构起草或者组织起草。

起草规章可以邀请有关专家、组织参加，也可以委托有关专家、组织起草。

第十四条 起草规章，应当深入调查研究，总结实践经验，广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式。

第十五条 起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益，有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的，应当向社会公布，征求社会各界的意见；起草单位也可以举行听证会。听证会依照下列程序组织：

（一）听证会公开举行，起草单位应当在举行听证会的30日前公布听证会的时间、地点和内容；

（二）参加听证会的有关机关、组织和公民对起草的规章，有权提问和发表意见；

（三）听证会应当制作笔录，如实记录发言人的主要观点和理由；

（四）起草单位应当认真研究听证会反映的各种意见，起草的规章在报送审查时，应当说明对听证会意见的处理情况及其理由。

第十六条 起草部门规章，涉及国务院其他部门的职责或者与国务院其他部门关系紧密的，起草单位应当充分征求国务院其他部门的意见。

起草地方政府规章，涉及本级人民政府其他部门的职责或者与其他部门关系紧密的，起草单位应当充分征求其他部门的意见。起草单位与其他部门有不同意见的，应当充分协商；经过充分协商不能取得一致意见的，起草单位应当在上报规章草案送审稿（以下简称规章送审稿）时说明情况和理由。

第十七条 起草单位应当将规章送审稿及其说明、对规章送审稿主要问题的不同意见和其他有关材料按规定报送审查。

报送审查的规章送审稿，应当由起草单位主要负责人签署；几个起草单位共同起草的规章送审稿，应当由该几个起草单位主要负责人共同签署。

规章送审稿的说明应当对制定规章的必要性、规定的主要措施、有关方面的意见等情况作出说明。

有关材料主要包括汇总的意见、听证会笔录、调研报告、国内外有关立法资料等。

## 法条精解

1. 关于第13条，要注意部门规章和地方政府规章起草主体不同。

2. 关于第14条，规章制定中的调查研究的形式可以是多种多样的，注意也包括听证会。

3. 关于15条，规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益，可以举行听证会，也可以只征求社会各界意见而不召开听证会。注意这点与行政法规的制定不同。

4. 关于第16条，起草规章时，与其他部门有不同意见时，先协商解决，无法解决的在上报规章草案送审稿时，起草部门必须说明情况和理由。这是起草部门的义务。而起草规章的送审时，材料要尽量详细，并且需要起草单位负责人的签字。

## 真题示例

（四川2008-2-45）关于起草规章，下列哪一选项是正确的？

A. 参加为起草规章举行的听证会的公民有权提问

B. 起草单位与其他部门经充分协商不能取得一致意见的，应上报国务院决定

C. 规章的起草可以直接委托有关组织，但不得委托专家起草

D. 起草规章举行听证会的，应当制作笔录，该笔录是规章起草的主要根据

答案：A。

解析：根据《规章制定程序条例》第15条第2项规定，A项说法正确。根据《规章制定程序条例》第16条第2款规定，B项说法错误。根据《规章制定程序条例》第13条第4款规定，C项说法错误。根据《规章制定程序条例》第15条第4项规定，听证笔录是起草的参考而非是主要依据。因此，D项说法错误。

## 重点法条

第二十七条 部门规章应当经部务会议或者委员会会议决定。

地方政府规章应当经政府常务会议或者全体会议决定。

第三十二条 规章应当自公布之日起三十日后施行；但是，涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确





定以及公布后不立即施行将有碍规章施行的，可以自公布之日起施行。

第三十四条 规章应当自公布之日起三十日内，由法制机构依照立法法和《法规规章备案条例》的规定向有关机关备案。

### 法条精解

1. 部门规章由部委会议或委员会会议决定，而地方政府规章由政府常务会议或者全体会议决定。注意与行政法规的决定相比较，可联合记忆。

2. 规章应当自公布之日起 30 日后施行，特殊情况例外，可自公布之日起施行。这与行政法规的生效规定一样，可联合记忆。

3. 注意向有关机关备案的主体是法制机构，这与行政法规不同，行政法规的备案主体是国务院办公厅。

### 真题示例

(2003-2-76) 关于规章制定，下列说法哪些是正确的？

- A. 起草的规章直接涉及公民切身利益的，起草单位必须举行听证会
- B. 部门规章送审稿，由国务院法制机构统一审查
- C. 除特殊情况外，规章应当自公布之日起 30 日后施行
- D. 规章应当自公布之日起 30 日内，由法制机构依法报有关机关备案

答案：CD。

解析：根据《规章制定程序条例》第 15 条规定，听证会并不是必须举行的，因此 A 选项错误。根据《规章制定程序条例》第 18 条规定，部门规章由各部门内设的法制机构审查，而非国务院法制机构统一审查。因此 B 选项错误。根据《规章制定程序条例》第 32 条规定，C 选项正确。根据《规章制定程序条例》第 34 条规定，D 选项正确。

## 《行政诉讼法》

### 重点法条

第二条 公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。

第五条 人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。

### 法条精解

以上两个条文乃本法之基，涉及最基本的理论问题，需要展开论述。

1. 确定我国行政诉讼受案范围的行为标准之一为具体行政行为。具体行政行为和抽象行政行为是行政法学上对行政行为的一种分类。

(1) 抽象行政行为：行政机关基于法律、法规的授权，针对不特定的人或事制定或发布的普遍适用的行为规则的行为。抽象行政行为一般不针对特定对象，而是规定在任何情况和任何条件下行政机关、相对人的权利义务关系，具有普遍约束力。

(2) 具体行政行为：行政机关基于法律、法规的授权，针对特定的人或事作出具体处理决定，并对其权利义务产生实际影响的行为。具体行政行为针对具体的人或事，直接影响公民、法人或者其他组织的权利义务，与该行为存在法律上的利害关系，一次性地发生法律效力而不能反复、多次适用。其特征归纳为：

- ① 拥有行政管理职权的组织（不限于行政机关）实施的行为；
- ② 具有国家行政职权的机关或者组织在行使职权过程中作出的行为；
- ③ 针对特定对象即特定的事和特定人作出的行为，也只有其相对人有权起诉，行政机关不能起诉，也不能反诉；
- ④ 有关公民、法人或者其他组织权利义务的行为；可诉的具体行政行为侵害的合法权益仅限于人身权和财产权。

2. 人民法院以审查具体行政行为的合法性为原则，以审查具体行政行为的合理性为例外，这一例外即体



现在《行政诉讼法》第54条第4项变更判决的规定上（行政处罚显失公正）。审查合法性的具体内容包括：

- (1) 行政机关是否超越职权；
- (2) 具体行政行为的证据是否确凿充分；
- (3) 具体行政行为适用法律依据是否合法；
- (4) 具体行政行为程序是否合法；
- (5) 具体行政行为的目的是否合法。

相比之下，行政复议实行合法性审查与合理性审查原则，这是二者的区别所在。

### 真题示例

（2008-2-100）甲公司与乙公司开办中外合资企业丙公司，经营房地产。因急需周转资金，丙公司与某典当行签订合同，以某宗国有土地作抵押贷款。典当期满后，丙公司未按约定回赎，某典当行遂与丁公司签订协议，将土地的使用权出售给丁公司。经丁公司申请，2001年4月17日市国土局的派出机构办理土地权属变更登记。丙公司未参与变更土地登记过程。2008年3月3日甲公司查询土地抵押登记情况，得知该土地使用权已变更至丁公司名下。甲公司对变更土地登记行为不服向法院起诉。下列说法正确的是：

- A. 甲公司有权以自己的名义起诉
- B. 若丙公司对变更土地登记行为不服，应当自2008年3月3日起3个月内起诉
- C. 丙公司与某典当行签订的合同是否合法，是本案的审理对象
- D. 对市国土局与派出机构之间的关系性质，法院可以依法调取证据

答案：AD。

解析：《若干解释》第15条规定，中外合资企业中合资各方，可以自己名义起诉，A项说法正确。根据《若干解释》第41条和第42条规定，丙公司一直不知道该具体行政行为的内容，2008年3月3日是甲公司的了解时间，不一定就是丙公司的了解时间，即便是推定为丙公司的知道时间，题干中也没有说明丙是否知道诉权或者起诉期限，因此，B项的说法是错误的。根据《行政诉讼法》第5条规定。丙公司与某典当行签订的合同是否合法不是行政诉讼的审理对象，因此，C项说法错误。根据《行政诉讼法》第34条第2款规定，对市国土局与派出机构之间的关系性质，法院可以依法调取证据，D项说法正确。

### 重点法条

第十一条 人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

- （一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；
- （二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；
- （三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；
- （四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；
- （五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；
- （六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；
- （七）认为行政机关违法要求履行义务的；
- （八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

第十二条 人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：

- （一）国防、外交等国家行为；
- （二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；
- （三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；
- （四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

#### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第一条 公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。

公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：

- （一）行政诉讼法第十二条规定的行为；





(二) 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为;

(三) 调解行为以及法律规定的仲裁行为;

(四) 不具有强制力的行政指导行为;

(五) 驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为;

(六) 对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。

**第二条** 行政诉讼法第十二条第(一)项规定的国家行为,是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。

**第三条** 行政诉讼法第十二条第(二)项规定的“具有普遍约束力的决定、命令”,是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。

**第四条** 行政诉讼法第十二条第(三)项规定的“对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”,是指行政机关作出的涉及该行政机关公务员权利义务的决定。

**第五条** 行政诉讼法第十二条第(四)项规定的“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”中的“法律”,是指全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的规范性文件。

**第二十四条** 行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人,其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼,人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。

第三人有权提出与本案有关的诉讼主张,对人民法院的一审判决不服,有权提起上诉。

#### 《行赔规定》

**第五条** 法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为,被作出最终裁决的行政机关确认违法,赔偿请求人以赔偿义务机关应当赔偿而不予赔偿或逾期不予赔偿或者对赔偿数额有异议提起行政赔偿诉讼,人民法院应依法受理。

**第六条** 公民、法人或者其他组织以国防、外交等国家行为或者行政机关制定发布行政法规、规章或者具有普遍约束力的决定、命令侵犯其合法权益造成损害为由,向人民法院提起行政赔偿诉讼的,人民法院不予受理。

#### 《治安管理处罚法》

**第九条** 对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为,情节较轻的,公安机关可以调解处理。经公安机关调解,当事人达成协议的,不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的,公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚,并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。

### 法条精解

以上是本法的最基本、最重要的条文了。

1. 熟练识记本法第11、12条所列的各项行为。

2. 重点掌握《若干解释》第1条第2款不属于行政诉讼受案范围的六类行为。其中第(五)项的行为是指当事人对行政行为不服提起申诉,而接受申诉的行政主体驳回当事人的申诉。

3. 了解《若干解释》第2至5条对有关概念的释义。

### 真题示例

1. (2008-2-44) 下列哪一选项不属于行政诉讼的受案范围?

A. 因某企业排污影响李某的鱼塘,李某要求某环保局履行监督职责,遭拒绝后向法院起诉

B. 某市政府发出通知,要求非本地生产乳制品须经本市技术监督部门检验合格方可在本地销售,违者予以处罚。某外地乳制品企业对通知提起诉讼

C. 刘某与某公司签订房屋预售合同,某区房管局对此进行预售预购登记。后刘某了解到某公司向其销售的房屋系超出规划面积和预售面积房屋,遂以某区房管局违法办理登记为由提起诉讼

D. 《公司登记管理条例》规定,设立公司应当先向工商登记管理机关申请名称预先核准。张某对名称预先核准决定不服提起诉讼

**答案:** B。

**解析:** 根据《行政诉讼法》第11条规定,某环保局拒绝李某的请求,不履行自己的法定职责,属于上述规定中的第5项,故属于受案范围,A项不当选。根据《行政诉讼法》第12条规定,B项中的某市政府

发出通知，是一个不针对特定对象，可以反复适用的抽象行政行为，不属于受案范围，故 B 项当选。在 C 项中，房管局对商品房的预售合同进行预售预购登记，属于行政确认行为。登记没有形成新的权利义务关系，也没有产生新的行政法意义上的法律关系。可见，房管局对预售合同进行备案登记的行为不具有处分性，不是具体行政行为，不具有可诉性。故 C 项当选。依据《若干解释》第 1 条规定，《公司登记管理条例》规定的设立公司应当先向工商登记管理机关申请名称预先核准的行为是对相对人权利义务发生直接影响的具体行政行为。张某对名称预先核准决定不服提起诉讼，属于受案范围。故 D 项不当选。

2. (四川 2008-2-43) 孔某向某县政府提出书面申请，请求为其核发土地使用证，但某县政府以申请办理证引起与张某发生土地权属纠纷为由立案，在组织孔某与张某多次协商未果的情况下对双方的土地权属争议作出决定，认定土地属于孔某。张某认为该土地使用权应确定由其享有，向法院提起诉讼，要求撤销县政府的处理决定。下列哪一选项是正确的？

- A. 本案应由某县法院管辖
- B. 本案的审理对象是县政府为孔某核发土地使用证的行为
- C. 县政府的处理决定合法，应判决驳回张某的诉讼请求
- D. 若孔某作为本案的第三人，对法院的一审判决不服，有权提起上诉

答案：D。

解析：根据《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》第 1 条规定，本案中的被告是县政府，且不属于以县级人民政府名义办理不动产物权登记的案件，因此，本案应由中级人民法院管辖。因此，A 项说法错误。行政案件的审查对象是对全案进行审查，不仅仅审查县政府为孔某核发土地使用证的行为。因此，B 项说法错误。依据《行政诉讼法》第 54 条县政府的处理决定合法，法院应判决维持，C 项说法错误。根据《若干解释》第 24 条规定，可知，D 项说法正确。

3. (2004-2-72) 位于大王乡的多金属硫铁矿矿区是国家出资勘察形成的大型硫铁矿基地。2003 年 5 月，百乐公司向法定发证机关省国土资源厅申请办理该矿区采矿许可证。2003 年 11 月 1 日，某市国土资源局以解决遗留问题为由向另一家企业强力公司颁发了该矿区的采矿许可证。2004 年 1 月，省国土资源厅答复百乐公司，该矿区已设置矿权，不受理你公司的申请。关于百乐公司的救济途径，下列哪些说法是正确的？

- A. 就省国土资源厅的拒绝发证行为应当先申请行政复议才能提起诉讼
- B. 就省国土资源厅的拒绝发证行为可以直接向人民法院提起诉讼
- C. 就市国土资源局向强力公司的发证行为应当先申请行政复议才能提起诉讼
- D. 就市国土资源局向强力公司的发证行为可以直接向人民法院提起诉讼

答案：BD。

解析：根据《行政诉讼法》第 11 条第 1 款和第 37 条我国现行法律并未规定拒发采矿许可证必须先行复议，所以 B 和 D 为本题正确选项。

4. (2005-2-98) 下列案件属于行政诉讼受案范围的有：

A. 某区房屋租赁管理办公室向甲公司颁发了房屋租赁许可证，乙公司以此证办理程序不合法为由要求该办公室撤销许可证被拒绝。后乙公司又致函该办公室要求撤销许可证，办公室作出“许可证有效，不予撤销”的书面答复。乙公司向人民法院起诉要求撤销书面答复。

B. 某区审计局对丙公司的法定代表人进行离任审计过程中，对丙、丁公司协议合作开发的某花园工程的财务收支情况进行了审计，后向丙、丁公司发出了丁公司应返还丙公司利润 30 万元的通知。丁公司对通知不服向法院提起诉讼。

C. 某市经济发展局根据 A 公司的申请，作出鉴于 B 公司自愿放弃其在某合营公司的股权，退出合营公司，恢复 A 公司在合营公司的股东地位的批复。B 公司不服向法院提起诉讼。

D. 某菜市场为挂靠某行政机关的临时市场，没有产权证。某市某区工商局向在该市场内经营的 50 户工商户发出通知，称自通知之日起某菜市场由 C 公司经营，各工商户凭与该公司签订的租赁合同及个人资料申办经营许可证。50 户工商户对通知不服向法院提起诉讼。

答案：BCD。

解析：选项 A 属于《若干解释》第 1 条第 2 款第（五）项规定的“重复处理行为”，不属于行政诉讼受案范围。根据国务院《审计法实施条例》第 45 条规定，审计决定具有强制执行力。根据该条例第 46 条规定，对审计决定不服的案件属于复议前置案件。选项 B 属于审计决定，属于行政诉讼范围。根据题干要求，选





项 B 应选。选项 C，市经济发展局的批复，对 B 公司权利义务产生实际影响，具有可诉性，应选。选项 D，区工商局的通知针对的对象是特定的，而且对 50 户工商户的权利义务产生实际影响，具有可诉性，应选。

5.（2003 - 2 - 99）2001 年 5 月某市公安局以涉嫌诈骗为由对甲进行刑事立案侦查。公安局将甲带至局内留置盘问 48 小时，搜查了甲的住处，扣押了搜出的现金 10 万元，冻结了搜出的 20 万元银行存款，并对甲实行监视居住。次年 1 月，公安局以甲刊登虚假广告、骗取学生学费为由，决定没收违法所得 10 万元，解除冻结。此后公安局一直未对甲诈骗一事作出处理，甲向法院提起行政诉讼。下列何种行为可以成为法院的审理对象？

- A. 没收违法所得 10 万元
- B. 扣押现金 10 万元
- C. 冻结 20 万元银行存款
- D. 留置盘问 48 小时

答案：A。

解析：根据《行政诉讼法》第 11 条规定，选 A。根据《若干解释》第 1 条规定，由于 B、C、D 都是公安机关以甲涉嫌诈骗罪进行刑事侦查采取的措施，故不应选。

重点法条

第十三条 基层人民法院管辖第一审行政案件。

【关联法条】

《若干解释》

第六条 各级人民法院行政审判庭审理行政案件和审查行政机关申请执行其具体行政行为的案件。专门人民法院、人民法庭不审理行政案件，也不审查和执行行政机关申请执行其具体行政行为的案件。

重点法条

第十四条 中级人民法院管辖下列第一审行政案件：

- (一) 确认发明专利权的案件、海关处理的案件；
- (二) 对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件；
- (三) 本辖区内重大、复杂的案件。

【关联法条】

《若干解释》

第八条 有下列情形之一的，属于行政诉讼法第十四条第（三）项规定的“本辖区内重大、复杂的案件”：

- (一) 被告为县级以上人民政府，且基层人民法院不适宜审理的案件；
- (二) 社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件；
- (三) 重大涉外或者涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的案件；
- (四) 其他重大、复杂案件。

第五十六条 有下列情形之一的，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求：

- (一) 起诉被告不作为理由不能成立的；
- (二) 被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的；
- (三) 被诉具体行政行为合法，但因法律、政策变化需要变更或者废止的；
- (四) 其他应当判决驳回诉讼请求的情形。

第五十七条 人民法院认为被诉具体行政行为合法，但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的，可以作出确认其合法或者有效的判决。有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：

- (一) 被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的；
- (二) 被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的；
- (三) 被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。

《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》

第一条 有下列情形之一的，属于行政诉讼法第十四条第（三）项规定的应当由中级人民法院管辖的第一审行政案件：

- (一) 被告为县级以上人民政府的案件，但以县级人民政府名义办理不动产物权登记的案件可以除外；



- (二) 社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件；
- (三) 重大涉外或者涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的案件；
- (四) 其他重大、复杂的案件。

第二条 当事人以案件重大复杂为由或者认为有管辖权的基层人民法院不宜行使管辖权，直接向中级人民法院起诉，中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理：

- (一) 指定本辖区其他基层人民法院管辖；
- (二) 决定自己审理；
- (三) 书面告知当事人向有管辖权的基层人民法院起诉。

第三条 当事人向有管辖权的基层人民法院起诉，受诉人民法院在7日内未立案也未作出裁定，当事人向中级人民法院起诉，中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理：

- (一) 要求有管辖权的基层人民法院依法处理；
- (二) 指定本辖区其他基层人民法院管辖；
- (三) 决定自己审理。

第四条 基层人民法院对其管辖的第一审行政案件，认为需要由中级人民法院审理或者指定管辖的，可以报请中级人民法院决定。中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理：

- (一) 决定自己审理；
- (二) 指定本辖区其他基层人民法院管辖；
- (三) 决定由报请的人民法院审理。

第五条 中级人民法院对基层人民法院管辖的第一审行政案件，根据案件情况，可以决定自己审理，也可以指定本辖区其他基层人民法院管辖。

#### 《行赔规定》

第九条 单独提起的行政赔偿诉讼案件由被告住所地的基层人民法院管辖。

中级人民法院管辖下列第一审行政赔偿案件：

- (一) 被告为海关、专利管理机关的；
- (二) 被告为国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府的；
- (三) 本辖区内其他重大影响和复杂的行政赔偿案件。

高级人民法院管辖本辖区内有重大影响和复杂的第一审行政赔偿案件。

最高人民法院管辖全国范围内有重大影响和复杂的第一审行政赔偿案件。

#### 《行政诉讼法》

第五十四条 人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：

- (一) 具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。
- (二) 具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：

1. 主要证据不足的；
  2. 适用法律、法规错误的；
  3. 违反法定程序的；
  4. 超越职权的；
  5. 滥用职权的。
- (三) 被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。
  - (四) 行政处罚显失公正的，可以判决变更。

#### 法条精解

级别管辖，关注点是属于中级人民法院管辖的一审案件，准确把握第14条所列三类案件。

1. 不仅第一审确认发明专利行政案件，而且其他专利行政一审案件和不服商标评审委员会作出的复审决定或者裁定的一审案件，都由中级人民法院管辖。但是，并非所有有关专利的行政诉讼案件都归中级人民法院管辖，而是限于确认发明专利权的案件。

2. 省部级行政单位为被告的案件，由中级人民法院管辖。

注：省部级行政单位包括国务院部门（组成部门、具有行政管理职能的直属机构、具有行政管理职能





的直属事业单位、组成部门管理的国家局以及具有独立行政职权的国务院议事协调机构)和省、自治区、直辖市人民政府;具有独立行政职权的国务院议事协调机构,如国务院学位委员会、关税税则委员会;国务院组成部门管理的国家局,如央行代管的国家外汇管理局。

3. 特别掌握《若干解释》第8条对《行政诉讼法》第14条第3项的具体解释,尤其是第8条第1项之规定,注意其必须同时满足两个条件时,方为中级人民法院管辖。这两个条件是:被告是县级以上人民政府;基层人民法院不宜审理。但《若干解释》第8条规定与《行政案件管辖规定》第1条规定不一致,以后者为准。特别注意:该项但书中的“可以”二字,也就是说,以县级政府名义办理不动产权权登记的案件,若属重大复杂案件也应归中院管辖。

4. 注意:《行政案件管辖规定》第1条第1项中的但书,第2~3项中的“重大”二字。与本法第14条第2项和《若干解释》第8条第3项相一致,第一审的反倾销、反补贴和国家贸易政案件,原则上由中院管辖。

另外,按2002年《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第5条的规定,第一审国际贸易行政案件由中级人民法院审理。

### 真题示例

1. (2008-2-43) 某银行以某公司未偿还贷款为由向法院起诉,法院终审判决认定其请求已过诉讼时效,予以驳回。某银行向某县政府发函,要求某县政府落实某公司的还款责任。某县政府复函,请贵行继续依法主张债权,我们将配合做好有关工作。尔后,某银行向法院起诉,请求某县政府履行职责。法院经审理认为,某县政府已履行相应职责,某银行的债权不能实现的原因在于其主张债权时已超过诉讼时效。下列哪一选项是错误的?

- A. 本案应由中级法院管辖
- B. 因法院的生效判决已对某银行与某公司的民事关系予以确认,某县政府不能重新进行确定
- C. 法院应当判决确认某县政府的复函合法
- D. 法院应当判决驳回某银行的诉讼请求

答案:C。

解析:根据《行政诉讼法》第14条和《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》第1条规定可见,本案中,银行以县政府为被告向法院提起行政诉讼,管辖的法院应当是中级法院。故A项说法正确,不当选。根据行政权与司法权是相互独立的。人民法院对银行与公司之间的民事关系已经作出了生效的民事判决,此时县政府就不得对其重新进行确定。所以B项说法正确,不当选。根据《若干解释》第56条、第57条规定,本题中,法院经过审理认定,某县政府已履行相应职责,某银行的债权不能实现的原因在于其主张债权时已超过诉讼时效。所以,案情满足第56条第1款的规定,属于起诉被告不作为理由不成立的,人民法院依法应当作出驳回原告诉讼请求的判决。故C项说法错误,当选;D项说法正确,不当选。

2. (2007-2-39) 甲、乙两村分别位于某市两县境内,因土地权属纠纷向市政府申请解决,市政府裁决争议土地属于甲村所有。乙村不服,向省政府申请复议,复议机关确认争议的土地属于乙村所有。甲村不服行政复议决定,提起行政诉讼。下列哪个法院对本案有管辖权?

- A. 争议土地所在地的基层人民法院
- B. 争议土地所在地的中级人民法院
- C. 市政府所在地的基层人民法院
- D. 省政府所在地的中级人民法院

答案:B。

解析:根据《行政诉讼法》第19条规定,因不动产提起的行政诉讼,由不动产所在地人民法院管辖。C、D不正确。根据《行政诉讼法》第14条,甲村对省人民政府的复议决定不服提起行政诉讼,应该由争议土地所在地的中级人民法院审理。答案B是正确的。

### 重点法条

第十七条 行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件,复议机关改变原具体行政行为的,也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

#### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第七条 复议决定有下列情形之一的,属于行政诉讼法规定的“改变原具体行政行为”:

- (一) 改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的；
- (二) 改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；
- (三) 撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。

### 《行赔规定》

第七条 公民、法人或者其他组织在提起行政赔偿诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，人民法院依照行政诉讼法第十七条、第十八条、第二十条的规定管辖。

### 《最高人民法院关于行政撤诉若干问题的规定》

第四条 有下列情形之一的，可以视为“被告改变其所作的具体行政行为”：

- (一) 根据原告的请求依法履行法定职责；
- (二) 采取相应的补救、补偿等措施；
- (三) 在行政裁决案件中，书面认可原告与第三人达成的和解。

## 法条精解

关于行政诉讼的地域管辖：

1. 基本原则是原告就被告原则：由最初作出具体行政行为的行政机关所在地的法院管辖。
2. 经复议的案件，若行政复议机关未改变原具体行政行为，仍由最初作出具体行政行为的行政机关所在地法院管辖。
3. 经复议的案件，若行政复议机关改变了原具体行政行为，仍可以由最初作出具体行政行为的行政机关所在地法院管辖，也可由复议机关所在地法院管辖。此时存在两个管辖法院。
4. 何为改变原具体行政行为？注意《若干解释》第7条所列举的三类情形，
  - (1) 改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的；
  - (2) 改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；
  - (3) 撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。

注意上述第2种情形强调对定性产生了影响。

## 真题示例

1. (2009-2-46) 李某从田某处购得一辆轿车，但未办理过户手续。在一次查验过程中，某市公安局认定该车系走私车，予以没收。李某不服，向省公安厅申请复议，后者维持了没收决定。李某提起行政诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 省公安厅为本案的被告
- B. 田某不能成为本案的第三人
- C. 市公安局所在地的法院对本案有管辖权
- D. 省公安厅所在地的法院对本案有管辖权

答案：C。

解析：本题考查行政诉讼当事人和管辖。

根据《行政诉讼法》第25条第2款规定，省公安厅维持了没收决定，那么本案的被告为市公安局，故A项错误。根据《行政诉讼法》第27条规定，田某同提起诉讼的具体行政行为有利害关系，可以成为本案的第三人。B项说法错误。根据《行政诉讼法》第17条规定，本题并不是复议改变的案件，所以只有市公安局所在地的法院对本案有管辖权，省公安厅所在地的法院没有管辖权。故C项正确，D项错误。

2. (2005-2-45) 黄某在与陈某的冲突中被陈某推倒后摔成轻微伤，甲市乙县公安局以此对陈某作出行政拘留15日的决定。陈某不服申请复议，甲市公安局经调查并补充了王某亲眼看到黄某摔伤的证言后维持了原处罚决定。陈某向法院提起诉讼。庭审中，陈某提出该处罚未经负责人集体讨论，一审法院遂要求被告补充提供该处罚由负责人集体讨论决定的记录。下列哪一种说法是正确的？

- A. 此案应由甲市公安局所在地人民法院管辖
- B. 王某的证言只能作为证明甲市公安局的复议决定合法的证据
- C. 法院要求被告补充记录的做法不符合法律规定
- D. 法院对被告提供的记录形成时间所作的审查属于对证据的关联性审查

答案：B。

解析：根据《若干解释》第7条第1项，复议机关维持原处罚决定是因为“补充了王某亲眼看到黄某摔伤的证言”，属于改变主要证据，因此属于“改变原具体行政行为”。根据《行政诉讼法》第17条规定，







本案也可由乙县公安局所在地人民法院管辖。选项 A 错误。王某的证言，是复议机关在复议程序中收集的，当然可以作为复议决定合法的依据。但根据《证据规定》第 61 条，王某的证言不能作为法院认定县公安局拘留行为合法的依据。据此，选项 B 正确。在本案中，原告陈某提出该处罚未经过负责人集体讨论，属于《证据规定》第 2 条规定的“提出其在行政程序中未提出的反驳理由或者证据”，因此法院要求被告补充记录的做法符合法律规定。据此，选项 C 错误。法院对被告提供的记录形成时间所作的审查属于对证据的真实性审查，而非关联性审查。据此，选项 D 错误。

3. (四川 2008-2-83) 崔某不服甲市乙县政府向谭某发放集体土地使用证，向甲市政府申请行政复议。甲市政府驳回崔某的复议请求，但改变了集体土地使用证所认定的主要事实。崔某不服，提起行政诉讼。下列哪些说法是正确的？

- A. 崔某可向乙县人民法院提起诉讼
- B. 崔某可向甲市中级人民法院提起诉讼
- C. 被告为乙县政府
- D. 谭某为第三人

答案：BD。

解析：根据《若干解释》第 7 条规定，本案中，市政府改变了集体土地使用证所认定的主要事实，属于复议改变了原具体行政行为的情况。根据《行政诉讼法》第 25 条第 2 款规定，本题的被告应该是复议机关即甲市政府。因此，C 项说法错误。根据《最高人民法院行政案件管辖若干问题的规定》第 1 条规定可知，本案应该由甲市中级人民法院管辖。因此，A 项说法错误，B 项说法正确。根据《行政诉讼法》第 27 条规定，本案中谭某与本案判决结果存在利害关系，可以作为第三人申请参加诉讼。因此，D 项说法正确。综上，本题的正确答案是 BD。

4. (2003-2-74) 甲市刘某违反《治安管理处罚条例》，被乙市铁路公安分局给予拘留 10 天的处罚，刘某不服向乙市公安局申请复议，乙市公安局将处罚结果更改为罚款 200 元。刘某不服向法院提起行政诉讼。对此案有管辖权的法院有哪些？

- A. 乙市铁路运输法院
- B. 甲市刘某所在地基层人民法院
- C. 乙市铁路公安分局所在地基层人民法院
- D. 乙市公安局所在地基层人民法院

答案：CD。

解析：依据《行政诉讼法》第 13 条和第 17 条和第 18 条规定及《若干解释》第 6 条规定可知，A 选项是错误的，因为乙市铁路运输法院作为专门的人民法院没有职权受理行政诉讼。B 项也是错误的，行政诉讼法只是规定了“对限制人身自由的强制措施不服提起的行政诉讼”，可以由原告所在地法院管辖，但需要明确的是，本案中刘某所受的是行政处罚，而非行政强制措施，因而不能由原告所在地的甲市刘某所在地基层人民法院管辖。乙市铁路公安分局所在地基层人民法院和乙市公安局所在地的基层人民法院都有权受理本案。

5. (2009-2-100) 郑某因某厂欠缴其社会养老保险费，向区社保局投诉。2004 年 9 月 22 日，该局向该厂送达《决定书》，要求为郑某缴纳养老保险费 1 万元。同月 30 日，该局向郑某送达告知书，称其举报一事属实，并要求他缴纳养老保险费（个人缴纳部分）2000 元。郑某不服区社保局的《决定书》向法院起诉，法院的生效判决未支持郑某的请求。2005 年 4 月 19 日，郑某不服告知书向市社保局申请复议，后者作出不予受理决定，郑某不服提起诉讼。下列选项正确的是：

- A. 郑某向市社保局提出的复议申请已超过申请期限
- B. 区社保局所在地的法院和市社保局所在地的法院对本案均有管辖权
- C. 郑某的起诉属重复起诉
- D. 如郑某对告知书不服直接向法院起诉，法院可以被诉行为系重复处理行为为由不予受理郑某的起诉

答案：A。

解析：本题考核行政复议的申请期限、行政诉讼的管辖、行政诉讼的受案范围。

根据《行政复议法》第 9 条规定，A 项说法正确，郑某向社保局提出的复议申请已经超过了法定的复议申请期限。根据《行政诉讼法》第 17 条规定，本题并不是复议改变案件，故只有区社保局所在地的法院有管辖权，B 项错误。郑某前面是不服区社保局的《决定书》向法院起诉；后面是对市社保局不予受理决定不服提起诉讼，并不是重复起诉，故 C 错误。重复处理行为是指行政机关根据公民的申请或者申诉，对原有的生效行政行为作出的没有任何改变的二次决定。本案被诉行为并不是重复处理行为，故 D 项错误。

## 重点法条

第十八条 对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。

第十九条 因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第九条 行政诉讼法第十八条规定的“原告所在地”，包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。

行政机基于同一事实既对人身又对财产实施行政处罚或者采取强制措施，被限制人身自由的公民、被扣押或者没收财产的公民、法人或者其他组织对上述行为均不服的，既可以向被告所在地人民法院提起诉讼，也可以向原告所在地人民法院提起诉讼，受诉人民法院可一并管辖。

#### 《行政复议法》

第十二条第一款 对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的，由申请人选择，可以向该部门的本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级主管部门申请行政复议。

第三十条第一款 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

#### 《行赔规定》

第十一条 公民对限制人身自由的行政强制措施不服，或者对行政赔偿机关基于同一事实对同一当事人作出限制人身自由和对财产采取强制措施的具体行政行为不服，在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，由受理该行政案件的人民法院管辖；单独提起行政赔偿诉讼的，由被告住所地或原告住所地或不动产所在地的人民法院管辖。

### 法条精解

1. 注意《若干解释》第9条第1款对原告所在地的扩张解释。“原告所在地”，包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。

2. 注意《若干解释》第9条第2款的扩张解释。行政机基于同一事实既对人身又对财产实施行政处罚或者采取强制措施，被限制人身自由的公民、被扣押或者没收财产的公民、法人或者其他组织对上述行为均不服的，既可以向被告所在地人民法院提起诉讼，也可以向原告所在地人民法院提起诉讼，受诉人民法院可一并管辖。其要件是基于同一事实作出具体行政行为，可以是对针对同一人作出的多个行为，也可以是针对不同人作出的行为。

3. 了解《行政诉讼法》第19条专属管辖的规定。因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。这在《民事诉讼法》中有类似的规定，因为对于不动产案件要是在不动产所在地审理有很多优点，比如有利于对不动产具体面积调查，有利于采取强制措施，以保障判决后的执行，等等。

### 真题示例

1. (2009-2-48) 某区公安分局以蔡某殴打孙某为由对蔡某拘留10日并处罚款500元。蔡某向法院起诉，要求撤销处罚决定和赔偿损失。一审法院经审理认定处罚决定违法。下列哪一选项是正确的？

- A. 蔡某所在地的法院对本案无管辖权
- B. 一审法院应判决撤销拘留决定，返还罚款500元、按照国家上年度职工日平均工资赔偿拘留10日的损失和一定的精神抚慰金
- C. 如一审法院的判决遗漏了蔡某的赔偿请求，二审法院应当裁定撤销一审判决，发回重审
- D. 如蔡某在二审期间提出赔偿请求，二审法院可以进行调解，调解不成的，应告知蔡某另行起诉

答案：D。

解析：本题考查行政诉讼的管辖、判决、二审的审理。

根据《若干解释》第9条第2款规定，A项说法错误。对于精神损害，无法用金钱计算，国家不予赔偿，但可以要求赔偿义务机关在侵权行为影响的范围内，为受害人消除影响、恢复名誉、赔礼道歉，但不包括精神抚慰金的赔偿，故B项错误。根据《若干解释》第71条规定，C项说法错误，D项说法正确。

2. (2005-2-50) 王某户籍所在地是甲市A区，工作单位所在地是甲市B区。2002年1月王某在乙市出差时因涉嫌嫖娼被乙市A区公安分局传唤，后被该公安分局以嫖娼为由处以罚款500元。在被处罚以前，王某被留置于乙市B区两天。经复议王某对罚款和留置措施提起行政诉讼，下列哪一法院对本案没有管



管辖权？

- A. 甲市 A 区人民法院
- B. 甲市 B 区人民法院
- C. 乙市 A 区人民法院
- D. 乙市 B 区人民法院

答案：B。

**解析：**留置措施属于限制人身自由的强制措施。王某对该行为不服的，根据《行政诉讼法》第 18 条规定，不管复议机关作出何种决定，乙市 A 区公安分局所在地法院都有权管辖。根据《若干解释》第 9 条第 1 款，原告所在地包括原告户籍所在地（甲市 A 区）、经常居住地和被限制人身自由地（乙市 B 区）。罚款 500 元属于针对财产的行政处罚，不能适用《行政诉讼法》第 18 条的规定（即不能单独由甲市 A 区、乙市 B 区法院管辖），只能适用该法第 17 条的规定（可由乙市 A 区法院管辖）。但根据《若干解释》第 9 条第 2 款，罚款和留置措施基于同一事实（涉嫌嫖娼），王某对这两个行为都提起诉讼，甲市 A 区、乙市 A 区、乙市 B 区法院可以一并管辖。综上，选项 ACD 对本案具有管辖权。根据排除法，选项 B 应选。

重点法条

第二十条 两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

【关联法条】

《若干解释》

第十条 当事人提出管辖异议，应当在接到人民法院应诉通知之日起十日内以书面形式提出。

对当事人提出的管辖异议，人民法院应当进行审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》

第七条 对指定管辖裁定有异议的，不适用管辖异议的规定。

《行赔规定》

第十条 赔偿请求人因同一事实对两个以上行政机关提起行政诉讼的，可以向其中任何一个行政机关住所地的人民法院提起。赔偿请求人向两个以上有管辖权的人民法院提起行政赔偿诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

法条精解

关于两个以上人民法院都有管辖权时的冲突解决办法：

1. 三大诉讼法对此规定不一致：《行政诉讼法》采最先收到起诉状；《民事诉讼法》采最先立案；《刑事诉讼法》采最先受理。

2. 享有管辖异议权的当事人

(1) 由于原告提起行政诉讼，当然无权提出《若干解释》第 10 条规定的管辖权异议；

(2) 被告有权提出管辖权异议；

(3) 类似于被告的第三人，特别是参与共同作出被诉行为、但由于原告没有将其列为被告而以该身份参加诉讼的第三人，由于地位等同于被告，应当有权提出管辖权异议；

(4) 类似于原告的第三人，特别是利益同原告相冲突的类似于原告的第三人，应当有权提出管辖权异议。第一，其具有独立地位，有权提出与本案有关的诉讼主张；第二，一个具体行政行为，只存在一个行政案件。如果不赋予类似于原告的第三人管辖异议权，则其合法权益无法得到保护。

3. 注意：《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》第 7 条，对指定管辖裁定有异议的，不适用管辖异议的规定。

重点法条

第二十一条 人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。受移送的人民法院不得自行移送。

第二十二条 有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院对管辖权发生争议，由争议双方协商解决。协商不成的，报它们的共同上级人民法院指定管辖。



## 【关联法条】

### 《行赔规定》

第十二条 人民法院发现受理的案件不属于自己管辖，应当移送有管辖权的人民法院；受移送的人民法院不得再行移送。

第十三条 人民法院对管辖权发生争议的，由争议双方协商解决，协商不成的，报请他们的共同上级人民法院指定管辖。如双方为跨省、自治区、直辖市的人民法院，高级人民法院协商不成的，由最高人民法院及时指定管辖。

依前款规定报请上级人民法院指定管辖时，应当逐级进行。

### 《若干解释》

第十条 当事人提出管辖异议，应当在接到人民法院应诉通知之日起十日内以书面形式提出。

对当事人提出的管辖异议，人民法院应当进行审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

### 《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》

第四条 基层人民法院对其管辖的第一审行政案件，认为需要由中级人民法院审理或者指定管辖的，可以报请中级人民法院决定。中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理：

- (一) 决定自己审理；
- (二) 指定本辖区其他基层人民法院管辖；
- (三) 决定由报请的人民法院审理。

第五条 中级人民法院对基层人民法院管辖的第一审行政案件，根据案件情况，可以决定自己审理，也可以指定本辖区其他基层人民法院管辖。

第六条 指定管辖裁定应当分别送达被指定管辖的人民法院及案件当事人。本规定第四条的指定管辖裁定还应当送达报请的人民法院。

第七条 对指定管辖裁定有异议的，不适用管辖异议的规定。

第八条 执行本规定的审理期限，提级管辖从决定之日起计算；指定管辖或者决定由报请的人民法院审理的，从收到指定管辖裁定或者决定之日起计算。

第九条 中级人民法院和高级人民法院管辖的第一审行政案件需要由上一级人民法院审理或者指定管辖的，参照本规定。

## 重点法条

第二十四条 依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。

有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼。

有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。

## 【关联法条】

### 《若干解释》

第十一条 行政诉讼法第二十四条规定的“近亲属”，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的，其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。

第十二条 与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。

第十三条 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼：

- (一) 被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；
- (二) 与被诉的行政复议决定有法律上利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的；
- (三) 要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的；
- (四) 与撤销或者变更具体行政行为有法律上利害关系的。

第十四条 合伙企业向人民法院提起诉讼的，应当以核准登记的字号为原告，由执行合伙企业事务的合伙人作诉讼代表人；其他合伙组织提起诉讼的，合伙人为共同原告。

不具备法人资格的其他组织向人民法院提起诉讼的，由该组织的主要负责人作诉讼代表人；没有主要







负责人的，可以由推选的负责人作诉讼代表人。

同案原告为五人以上，应当推选一至五名诉讼代表人参加诉讼；在指定期限内未选定的，人民法院可以依职权指定。

第十五条 联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方，认为联营、合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受具体行政行为侵害的，均可以自己的名义提起诉讼。

第十六条 农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为不服，可以自己的名义提起诉讼。

第十七条 非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，该企业或者其法定代表人可以提起诉讼。

第十八条 股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业经营自主权的，可以企业名义提起诉讼。

### 《行政处罚法》

第四十二条 行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。

### 《治安管理处罚法》

第九十一条 治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。

## 法条精解

以上条文务必重点掌握。难点有：

1. 有权起诉的公民死亡后，继受起诉权的是其近亲属，而且没有顺序限制，《若干解释》第11条对近亲属作了扩张解释，使之包括了其他具有扶养、赡养关系的亲属。“近亲属”范围一定要牢记，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。该解释第11条第2款的规定是诉讼代理。

2. 起诉人不一定是行政行为的相对人，也可以是利害关系人。

3. 注意各种情况下起诉人的名义。

(1) 有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼。

(2) 有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。

这两种情况下都是以起诉人自己的名义起诉。

(3) 公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的，其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。这个时候还是要以被侵害人的名义进行起诉。

## 真题示例

1. (2005-2-40) 一小区已建有A幼儿园，为满足需要，某区人民政府拟在该小区内再建一所幼儿园。张某和李某先后向某区人民政府提出申请，张某获批准。下列哪一种说法是正确的？

A. 某区人民政府必须在受理李某和张某的申请之日起20日内作出批准与否的决定

B. 某区人民政府按照张某和李某申请的先后顺序作出批准决定是不合法的

C. 李某有权对某区人民政府批准张某申请的行为提起行政诉讼

D. A幼儿园有权对某区人民政府批准再建幼儿园的决定提起行政诉讼

答案：C。

解析：根据《行政许可法》第42条第1款，选项A因没有考虑到期限延长和“法律、法规另有规定”的可能性而错误。选项B因违反了《行政许可法》第57条规定的“受理申请在先”原则而错误。张某与李某存在竞争关系，一人获得批准，另一人必然不能得到批准。也就是说，区政府的批准行为涉及李某的公平竞争权，根据《若干解释》第13条第1项的规定可以提起行政诉讼。据此，选项C正确。在行政法理论上，只要行政行为是基于“竞争中立原则”作出，即使是对既存的经营者的既存利益造成了损害，也不能认为该行为涉及该经营者的“公平竞争权”。据此，区政府批准再建幼儿园的决定与A幼儿园不存在法律上利害关系（A幼儿园并不享有对该小区幼儿教育的专营权），根据《若干解释》第12条的规定不可以提起

行政诉讼。据此，选项 D 错误。

2. (2008-2-86) 甲厂是某市建筑装潢公司下属的独立核算的集体企业，2007 年 1 月某市建筑装潢公司经批准与甲厂脱离隶属关系。2007 年 4 月，行政机关下达文件批准某市建筑装潢公司的申请，将甲厂并入另一家集体企业乙厂。对此行为，下列何者有权向法院起诉？

- A. 甲厂
- B. 乙厂
- C. 甲厂法定代表人
- D. 乙厂法定代表人

答案：ABCD。

解析：《若干解释》第 17 条规定，非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，该企业或者其法定代表人可以提起诉讼。根据上述规定可知，本题的正确答案是 ABCD。

3. (2003-2-79) 上市公司蓝索公司因严重违规操作被证券监督管理委员会终止股票交易，对于该项决定，能够以蓝索公司名义提起行政诉讼的主体有哪些？

- A. 拥有蓝索公司股票的股民
- B. 蓝索公司的股东代表大会
- C. 蓝索公司的主要债权人
- D. 蓝索公司的董事会

答案：BD。

解析：根据《若干解释》第 18 条规定，股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业经营自主权的。可以以企业名义提起诉讼。股份制企业的内部机构被赋予了原告的资格，但是，起诉时必须以企业的名义。所以 B 和 D 是正确答案。

4. (2002-2-73) 市规划局批准房地产企业大力公司在一片旧居民区开发商品房，规划范围内的居民认为自己由于历史原因没有办理土地使用权证，但已经在该片土地上居住 40 年，规划局在大力公司尚未取得土地使用权证的情况下批准建房是违法的。如果居民不服提起诉讼，下列有关本案原告资格的说法，哪些是错误的？

- A. 居民不是土地合法使用权人，不具备原告资格
- B. 法院审查的对象是行政行为的合法性，居民权益是否合法不影响其享有原告资格
- C. 规划行为是针对大力公司的，居民不是规划行为的相对人，故不具备原告资格
- D. 居民在批准规划阶段不具备原告资格，一旦实施强制拆迁行为便享有原告资格

答案：ABCD。

解析：根据《若干解释》第 12 条规定，只要与具体行政行为有利害关系，就有原告主体资格。那么，本案中居民应该有原告资格。所以选项 A、C、D 错误。另外，作为与具体行政行为发生利害关系的公民、法人或者其他组织，可以具有原告资格，这仅仅是可能的条件，要使之成为现实的条件，还要求他认为具体行政行为侵犯了他的合法权益。“合法权益”是指法定权利和法定利益，其核心是法定权利，享有和行使法定权利，才有可能获得法定利益。所以选项 B 错误。综上本题应选 ABCD。

5. (2005-2-99) 张某与林某同为甲市田山有限公司的股东，林某以个人名义在甲市免税进口一辆轿车，由张某代办各类手续，平时归张某使用。后张某将轿车卖给甲市国浩公司，并将所得款 35 万元人民币划入田山有限公司的账户内。甲市某区工商局认为张某的行为构成倒卖国家禁止或者限制自由买卖的物资、物品行为，决定没收张某销售款；此后又冻结田山有限公司的账款。张某不服，向甲市工商局申请复议。甲市工商局以张某的行为构成偷税为由，维持了原处罚决定。张某遂向法院提起行政诉讼。下列说法不正确的是：

- A. 林某也有权对处罚决定提起行政诉讼
- B. 张某可以田山有限公司的名义提起诉讼
- C. 本案的被告为甲市某区工商局
- D. 冻结账款行为不属于本案的审理对象

答案：ABC。

解析：张某无权处分林某轿车，张某应当对林某负赔偿责任；另外，林某对张某售车后所得销售款依法并不享有优先受偿权。也就是说，工商局没收张某销售款，并不实际影响林某的权利义务，即林某与工商局的处罚行为之间不具有法律上利害关系。因此，选项 A 错误。参照《若干解释》第 17 条和第 18 条的规定，有权以有限公司名义起诉的包括该企业、法定代表人、股东会、董事会，单个股东无权以公司名义起诉。据此，选项 B 错误。甲市工商局维持了原处罚决定，但其对张某行为的定性发生了变化（由倒卖转为偷税），根据《若干解释》第 7 条第 2 项，构成复议机关改变原具体行政行为；结合《行政诉讼法》第 25 条第 2 款规定，本案的被告是甲市工商局，选项 C 错误。审判采“不告不理”原则。根据题干，张某



起诉的对象是工商局没收销售款的处罚行为，而非冻结账款的行政强制执行。据此，选项 D 正确。

重点法条

第二十五条 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出具体行政行为的行政机关是被告。

经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。

两个以上行政机关作出同一具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。

由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。

行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关是被告。

【关联法条】

《若干解释》

第十九条 当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为，向人民法院提起诉讼的，应当以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告。

第二十条 行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。

行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。

法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，超出法定授权范围实施行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以实施该行为的机构或者组织为被告。

第二十一条 行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下，授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的，应当视为委托。当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。

第二十二条 复议机关在法定期间内不作复议决定，当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告；当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。

第二十三条 原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。

应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。

《行政复议法》

第十五条 对本法第十二条、第十三条、第十四条规定以外的其他行政机关、组织的具体行政行为不服的，按照下列规定申请行政复议：

（一）对县级以上地方人民政府依法设立的派出机关的具体行政行为不服的，向设立该派出机关的人民政府申请行政复议；

（二）对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议；

（三）对法律、法规授权的组织的具体行政行为不服的，分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议；

（四）对两个或者两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服的，向其共同上一级行政机关申请行政复议；

（五）对被撤销的行政机关在撤销前所作出的具体行政行为不服的，向继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关申请行政复议。

有前款所列情形之一的，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请，由接受申请的县级地方人民政府依照本法第十八条的规定办理。

法条精解

本法第 25 条（行政诉讼被告的确定）几乎每年必考。《若干解释》用了五个条文加以具体化。

1. 行诉被告的确定，原则是作出被诉具体行政行为的机关，具体可总结为九种情况：



(1) 经上级行政机关批准的具体行政行为,在对外发生法律效力的文书上署名的机关。

(2) 两个以上行政机关共同作出同一具体行政行为的,各机关是共同被告。

(3) 经复议但复议机关维持原具体行政行为的,作出原具体行政行为的行政机关。

(4) 经复议且复议机关改变原具体行政行为的,复议机关。

(5) 法律、法规授权的组织作出具体行政行为的,该组织。

(6) 未取得合法授权的行政机关的内部机构或者行政机关组建的机构作出具体行政行为的,该行政机关。

(7) 由行政机关委托的组织所作的具体行政行为,委托的行政机关。

(8) 行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关。

(9) 应当履行保护公民、法人或者其他组织人身权、财产权的法定职责而拒绝履行职责的,该行政机关。

2. 《若干解释》第23条对追加被告和变更被告作了不同规定:

(1) 应变更被告,原告不同意的,裁定驳回起诉。

(2) 应追加被告,原告不同意的,应通知其以第三人身份参诉。

### 真题示例

1. (四川2008-2-47) 某县环保局与水利局在联合执法过程中,发现某化工厂排污口建在行洪通道上,并对下游河水造成污染,遂联合作出责令该厂限期拆除其排污口的决定。某县水利局工作人员田某向该厂送达决定书时,遭到该厂职工围攻而受伤。该厂不服,以某县水利局为被告向法院提起行政诉讼。下列哪一选项是正确的?

A. 法院应当通知某化工厂变更被告

B. 某县水利局可以对田某被打一事提起反诉

C. 田某可以成为本案的第三人

D. 若法院追加且某化工厂同意,某县环保局为本案的被告

答案: D。

解析: 根据《行政诉讼法》第25条第3款规定,县环保局与水利局在联合执法过程中共同作出的处罚决定,因此,县环保局与水利局为共同被告,法院应当通知原告追加被告,而非是变更被告。因此,A项说法错误。在行政诉讼中,被告不能提起反诉,因此,B项说法错误。在本案中,田某是县水利局的工作人员,他的行为是职务行为,因此,他的行为后果或权利归属于县水利局,他不能作为独立的主体参加到行政诉讼活动中。因此,C项说法错误。根据《若干解释》第23条第2款规定,应当追加被告而原告不同意追加的,人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。因此,D项说法正确。

2. (2007-2-40) 甲市政府批复同意本市乙区政府征用乙区某村丙小组非耕地63亩,并将其中48亩使用权出让给某公司用于建设商城。该村丙小组袁某等村民认为,征地中有袁某等32户村民的责任田32亩,区政府虽以耕地标准进行补偿但以非耕地报批的做法违法,遂向法院提起行政诉讼。下列哪一选项是正确的?

A. 袁某等32户村民可以以某村丙小组的名义起诉

B. 袁某等32户村民可以以自己名义起诉

C. 应当以乙区人民政府为被告

D. 法院经审理如果发现征地批复违法,应当判决撤销

答案: B。

解析: 根据《若干解释》第16条规定,农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为不服,可以自己的名义提起诉讼。由此,B是正确的。袁某等村民可以以自己的名义提起诉讼,而不必以某村丙小组的名义起诉,A是错误的。根据《行政诉讼法》第25条和《若干解释》第19条规定,本题作出同意决定的是甲市人民政府,所以应该以甲市人民政府为被告,C的说法是错误的。根据《行政诉讼法》第54条第2项,甲市人民政府的批复中,只有部分违法(袁某等32户的责任田部分),所以应该是撤销部分具体行政行为,而不是全部撤销,因此D的说法太模糊,不是最佳答案,本题最佳答案是B。

3. (2007-2-44) 某派出所以扰乱公共秩序为由扣押了高某的拖拉机。高不服,以派出所为被告提起







行政诉讼。诉讼中，法院认为被告应是县公安局，要求变更被告，高不同意。法院下列哪种做法是正确的？

- A. 以派出所为被告继续审理本案
- B. 以县公安局为被告审理本案
- C. 裁定驳回起诉
- D. 裁定终结诉讼

答案：C。

解析：根据《若干解释》第23条规定，原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。由此，本题正确答案是C。

4. (2004-2-45) 在行政诉讼过程中，下列哪一行为为人民法院须征得原告同意才能实施？

- A. 允许被告改变具体行政行为
- B. 通知第三人参加诉讼
- C. 追加被告
- D. 决定合并审理

答案：C。

解析：根据《若干解释》第23条规定，原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。故C项正确。

5. (2002-2-26) 王某因不服区公安分局行政拘留10天的处罚申请复议，市公安局认为处罚过轻，遂改为行政拘留15天的处罚，王某以市公安局为被告提起行政诉讼。对王某的诉讼请求，法院应当如何处理？

- A. 决定受理此案
- B. 要求原告将区公安分局列为共同被告
- C. 要求原告将被告变更为区公安分局
- D. 以被告不适格为由裁定不予受理

答案：A。

解析：根据《行政诉讼法》第25条第2款规定，市公安局在复议中改变了具体行政行为，应以其为被告。根据《行政诉讼法》第11条规定，该案符合法院受案范围，因此法院应当受理，A项正确。

6. (2002-2-29) 某公安派出所对张某作出罚款200元的行政处罚决定，张某不服。张某向县人民政府和县公安局同时申请行政复议，但两机关超过复议期限后均未做出任何决定。张某遂决定向法院提起行政诉讼，要求撤销派出所的处罚决定。本案的适格被告应当是谁？

- A. 公安派出所
- B. 县公安局
- C. 市公安局
- D. 县人民政府

答案：A。

解析：公安局派出所是县公安局的派出机构，根据《治安管理处罚条例》第33条第2款规定，公安派出所享有50元以下罚款的行政处罚权。根据《若干解释》第20条第3款规定，公安派出所对张某罚款200元，已超出法定授权范围，张某起诉依法应以派出所为被告，因此选A。

7. (2005-2-85) 金某因举报单位负责人贪污问题遭到殴打，于案发当日向某区公安分局某派出所报案，但派出所久拖不理。金某向区公安分局申请复议，区公安分局以未成立复议机构为由拒绝受理，并告知金某向上级机关申请复议。下列哪些说法是正确的？

- A. 金某可以向某区人民政府申请复议
- B. 金某可以以某派出所为被告向法院提起行政诉讼
- C. 金某可以以某区公安分局为被告向法院提起行政诉讼
- D. 应当对某区公安分局相关责任人给予行政处分

答案：ABCD。

解析：公安派出所不履行法定职责，金某可以依法申请复议，也可以依法直接起诉；如果金某申请复议，根据《行政复议法》第15条第1款第(二)项，复议机关可以是区公安分局，也可以是区政府；如果提起行政诉讼，应当以公安派出所为被告。据此，选项A、B正确。区公安分局作为复议机关拒绝受理，参照《行政复议法》第19条和《若干解释》第22条，金某可以区公安分局为被告起诉。据此，选项C正确。根据《行政复议法》第34条，选项D正确。

8. (2002-2-79) 下列哪些情形下复议机关和行政诉讼的被告是重合的？

- A. 公安派出所作出劳动教养决定的
- B. 街道办事处向居民摊派管理费的
- C. 税务所未经税务局局长批准拍卖扣押的货物抵缴税款的
- D. 市政府打假办公室以自己的名义对企业给予没收企业营业执照处罚的

答案：AC。

解析：根据《行政复议法》第15条第1款第2项规定，A、C项中的复议机关是公安局、税务局。根据《若干解释》第20条第2款规定，A、C项中的派出所与税务所就是没有法律、法规、规章授权的情况下实施具体行政行为的，因此应以其设立机关为被告，那么公安局、税务局作被告就与复议机关重合，应该选。根据《行政复议法》第15条第1款第1项规定，对B项的街道办事处的具体行政行为应向区人民政府申请复议。根据《行政诉讼法》第25条第4款规定，街道办事处作为授权组织，应自己做被告。所以，B项中的复议机关与诉讼被告不重合。D项中的打假办既非派出机关，又非派出机构，其所为的行政行为应视为市政府所为，复议机关应为上一级人民政府或派出机关，依以上司法解释，对其所为之具体行政行为不服应以该行政机关为被告。

9. (2009-2-98) 2002年年底，王某按照县国税局要求缴纳税款12万元。2008年年初，王某发现多缴税款2万元。同年7月5日，王某向县国税局提出退税书面申请。7月13日，县国税局向王某送达不予退税决定。王某在复议机关维持县国税局决定后向法院起诉。下列选项正确的是：

- A. 复议机关是县国税局的上一级国税局
- B. 复议机关应自收到王某复议申请书之日起两个月内作出复议决定
- C. 被告为县国税局
- D. 是否适用《税收征收管理法》“纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款”的规定，是本案审理的焦点之一

答案：ABCD。

解析：本题考核行政复议管辖、行政复议期限、行政诉讼被告。

根据《行政复议法》第12条第2款规定，A正确。根据《行政诉讼法》第31条规定，B项正确。根据《行政诉讼法》第25条第2款规定，本题是复议维持案件，故C项正确。本案原告王某是以不服不予退税决定提起的行政诉讼，所以不予退税决定的合法性是法院审查的内容，故是否适用《税收征收管理法》“纳税人自结算缴纳税款之日起三年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款”的规定，是本案审理的焦点之一，D项正确。

## 重点法条

第二十六条 当事人一方或双方为二人以上，因同一具体行政行为发生的行政案件，或者因同样的具体行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理的，为共同诉讼。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第四十六条 有下列情形之一的，人民法院可以决定合并审理：

- (一) 两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的；
- (二) 行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的；
- (三) 在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的；
- (四) 人民法院认为可以合并审理的其他情形。

第六十一条 被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法，民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。

## 法条精解

共同诉讼分为普通共同诉讼和必要共同诉讼，注意两种共同诉讼的区别在于，必要共同诉讼只存在一个具体行政行为，而普通共同诉讼存在数个具体行政行为。即必要共同诉讼是因为同一个具体行政行为，而普通共同诉讼是因为同一类具体行政行为。共同诉讼还应该具备一个重要的条件就是要经过法院的认可，若是法院认为不用合并审理的，一般也不作为共同诉讼来处理。具体来说，法院要作为共同诉讼案件来处理的主要依据是《若干解释》：

1. 两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的；





2. 行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的；

3. 在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的；

4. 人民法院认为可以合并审理的其他情形。

### 真题示例

(2002-2-100) 某村村民吴某因家里人口多，住房紧张，向乡政府提出建房申请。经乡人民政府土地员刘某批准后，即开始画线动工。周围左邻申某与右邻崔某发现吴某占用了自己使用多年的宅基地，即同吴某交涉。吴某申辩说建房是按批准文件画线动工，不同意改变施工计划。如果提起行政诉讼。法院对此事应如何处理？

- A. 受理，因属于行政诉讼的受案范围
- B. 不受理，因土地权属纠纷属于民事纠纷
- C. 受理，可以行政诉讼附带解决权属纠纷
- D. 受理，但只解决行政纠纷，对于权属纠纷，告知当事人提起民事诉讼

答案：AC。

解析：根据《行政诉讼法》第11条规定，本案属于行政诉讼的受案范围，因此A项正确。根据《若干问题的解释》第61条规定，本案中乡政府的具体行政行为即属于实质上是对吴、申、崔三人宅基地使用权的一种裁决，因此法院可以一并解决相关民事争议。因此C也正确。

### 重点法条

第二十七条 同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。

#### 【关联法条】

#### 《行政诉讼法》

第十七条 行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

#### 《若干解释》

第二十三条 原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。

应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。

第二十四条 行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人，其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼，人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。

第三人有权提出与本案有关的诉讼主张，对人民法院的一审判决不服，有权提起上诉。

#### 《证据规定》

第六十条 下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据：

- (一) 被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据；
- (二) 被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据；
- (三) 原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据。

#### 《行政复议法》

第九条 公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。

第三十条第一款 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

#### 《复议法实施条例》

第十三条 下级行政机关依照法律、法规、规章规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，批准机关为被申请人。

1. 掌握第 27 条及《若干解释》第 24 条关于确定第三人的规定：

(1) 判断第三人的标准是，其是否与被诉具体行政行为有利害关系；

(2) 若利害关系人为 2 人以上，其中一部分人起诉的，法院应通知其他利害关系人作为第三人参诉。

2. 注意：《若干解释》第 24 条第 2 款第三人的上诉权与《民事诉讼法》不同，在《民事诉讼法》中，第三人是没有上诉权的。

### 真题示例

1. (2007-2-42) 李某和钱某参加省教委组织的“省中小学教师自学考试”。后省教委以“通报”形式，对李某、钱某等 4 名作弊考生进行了处理，并通知当次考试各科成绩作废，三年之内不准报考。李某、钱某等均得知该通报内容。李某向省政府递交了行政复议申请书，省政府未予答复。李某诉至法院。下列哪一选项是错误的？

A. 法院应当受理李某对通报不服提起的诉讼

B. 李某对省教委提起诉讼后，法院可以通知钱某作为第三人参加诉讼

C. 法院应当受理李某对省政府不予答复行为提起的诉讼

D. 钱某在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为处理依据的证据可以作为认定被诉处理决定合法的依据

答案：D。

解析：由《若干解释》第 22 条规定看，A、C 说法本身是正确的，但不符合题意，不能选。根据《行政诉讼法》第 27 条和第 24 条规定，第三人有权提出与本案有关的诉讼主张，对人民法院的一审判决不服，有权提起上诉。故 D 正确，不能选。根据《证据规定》第 60 条规定，所以 D 的说法是错误的，应该选。

2. (2006-2-83) 1997 年沈某取得一房屋的房产证。2001 年 5 月其儿媳李某以委托代理人身份到某市房管局办理换证事宜，在申请书一栏中填写“房屋为沈某、沈某某（沈某的儿子）共有”，但沈某后领取的房产证中在共有人一栏空白。2005 年沈某将此房屋卖给赵某，并到某市房管局办理了房屋转移登记手续，赵某领取了房产证。沈某某以他是该房屋的共有人为由向某市人民政府申请复议，某市人民政府以房屋转移登记事实不清撤销了房屋登记。赵某和沈某不服，向法院提起行政诉讼。下列哪些说法是正确的？

A. 沈某某和李某为本案的第三人

B. 某市房管局办理此房屋转移登记行为是否合法不属本案的审查对象

C. 某市房管局为沈某办理换证行为是否合法不属本案的审查对象

D. 李某是否有委托代理权是法院审理本案的核心

答案：BC。

解析：依据《行政诉讼法》第 27 条和《若干解释》第 24 条规定，沈某和李某与被诉具体行政行为——对房屋登记的撤销，没有法律上的利害关系，因此不能作为第三人参加诉讼。所以 A 错误。在本案中存在某市房管局为沈某办理换证行为、某市房管局办理此房屋转移登记行为、某市人民政府以房屋转移登记事实不清撤销了房屋登记等三个行为，而本案的被诉行政行为是某市人民政府以房屋转移登记事实不清撤销了房屋登记，因此本案的审查对象是某市人民政府以房屋转移登记事实不清撤销了房屋登记的合法性问题。B 和 C 两项是正确的。D 项说李某是否有委托代理权是法院审理本案的核心，也是不正确的。本案的核心应该是市人民政府作出的撤销房屋登记的行为又没有法律依据和事实依据，是不是合法行为，而不是李某是否有委托代理权，可见 D 是错误的。

3. (2004-2-77) 某区 12 户居民以某区规划局批准太平居委会搭建的自行车棚影响通风、采光和通行权为由，向法院提起行政诉讼，要求法院撤销规划局的批准决定。法院经审查，认定经规划局批准搭建的车棚不影响居民的通风、采光和通行权，且适用法律正确，程序合法。下列哪些说法是正确的？

A. 原告应推选 2 至 5 名诉讼代表人参加诉讼

B. 太平居委会为本案的第三人

C. 法院应判决驳回原告的诉讼请求

D. 法院应判决维持某区规划局的批准决定

答案：BD。

解析：A 错，根据《若干解释》第 14 条第 3 款规定，同案原告为 5 人以上，应当推选 1 至 5 名诉讼代表人参加诉讼；在指定期限内未选定的，人民法院可以依职权指定。B 对，根据《行政诉讼法》第 27 条规





定，C 错，人民法院作出维持被诉具体行政行为的判决必须同时满足以下三个条件：①证据确凿；②适用法律、法规正确；③符合法定程序。D 对，驳回原告诉讼请求判决。指人民法院经审理认为原告的诉讼请求依法不能成立，但又不适宜对被诉具体行政行为作出其他类型判决的情况下，人民法院直接作出否定原告诉讼请求的一种判决形式。

重点法条

第二十九条 当事人、法定代理人，可以委托一至二人代为诉讼。  
律师、社会团体、提起诉讼的公民的近亲属或者所在单位推荐的人，以及经人民法院许可的其他公民，可以受委托为诉讼代理人。

第三十一条 证据有以下几种：

- (一) 书证；
- (二) 物证；
- (三) 视听资料；
- (四) 证人证言；
- (五) 当事人的陈述；
- (六) 鉴定结论；
- (七) 勘验笔录、现场笔录。

以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。

【关联法条】

《若干解释》

第二十五条 当事人委托诉讼代理人，应当向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。委托书应当载明委托事项和具体权限。公民在特殊情况下无法书面委托的，也可以口头委托。口头委托的，人民法院应当核实并记录在卷；被诉机关或者其他有义务协助的机关拒绝人民法院向被限制人身自由的公民核实的，视为委托成立。当事人解除或者变更委托的，应当书面报告人民法院，由人民法院通知其他当事人。

第三十条 下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的根据：

- (一) 被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后自行收集的证据；
- (二) 被告严重违反法定程序收集的其他证据。

第三十一条 未经法庭质证的证据不能作为人民法院裁判的根据。

复议机关在复议过程中收集和补充的证据，不能作为人民法院维持原具体行政行为的根据。

被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。

法条精解

证据的特点在于其真实性、合法性、关联性，所以要求所有的证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。

还要注意一些证据的形式要求：

1. 提供书证的原件、原物、视听资料的原始载体的要求并不是绝对的，若有困难也可不提供原件。
2. 询问、陈述、谈话类笔录，仅需有行政执法人员、被询问人、陈述人、谈话人签名或者盖章。
3. 鉴定结论除有鉴定人的签名外，还需有鉴定部门的盖章。
4. 被告提供的现场笔录，应有执法人员和当事人的签名，但当事人的签名不是绝对的。

重点法条

第三十二条 被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。



## 【关联法条】

### 《证据规定》

第一条 根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起十日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由，不能在前款规定的期限内提供证据的，应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提出延期提供证据的书面申请。人民法院准许延期提供的，被告应当在正当事由消除后十日内提供证据。逾期提供的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

第二条 原告或者第三人提出其在行政程序中没有提出的反驳理由或者证据的，经人民法院准许，被告可以在第一审程序中补充相应的证据。

第三条 根据行政诉讼法第三十三条的规定，在诉讼过程中，被告及其诉讼代理人不得自行向原告和证人收集证据。

第四条 公民、法人或者其他组织向人民法院起诉时，应当提供其符合起诉条件的相应的证据材料。

在起诉被告不作为的案件中，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。但有下列情形之一的除外：

（一）被告应当依职权主动履行法定职责的；

（二）原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料并能够作出合理说明的。

被告认为原告起诉超过法定期限的，由被告承担举证责任。

第五条 在行政赔偿诉讼中，原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。

第六条 原告可以提供证明被诉具体行政行为违法的证据。原告提供的证据不成立的，不免除被告对被诉具体行政行为合法性的举证责任。

第七条 原告或者第三人应当在开庭审理前或者人民法院指定的交换证据之日提供证据。因正当事由申请延期提供证据的，经人民法院准许，可以在法庭调查中提供。逾期提供证据的，视为放弃举证权利。

原告或者第三人在第一审程序中无正当理由未提供而在第二审程序中提供的证据，人民法院不予接纳。

第八条 人民法院向当事人送达受理案件通知书或者应诉通知书时，应当告知其举证范围、举证期限和逾期提供证据的法律后果，并告知因正当事由不能按期提供证据时应当提出延期提供证据的申请。

第九条 根据行政诉讼法第三十四条第一款的规定，人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。

对当事人无争议，但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供或者补充有关证据。

第十四条 根据《行政诉讼法》第三十一条第一款第（六）项的规定，被告向人民法院提供的在行政程序中采用的鉴定结论，应当载明委托人和委托鉴定的事项、向鉴定部门提交的相关材料、鉴定的依据和使用的科学技术手段、鉴定部门和鉴定人鉴定资格的说明，并应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章。通过分析获得的鉴定结论，应当说明分析过程。

第二十二条 根据行政诉讼法第三十四条第二款的规定，有下列情形之一的，人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据：

（一）涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；

（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

第二十三条 原告或者第三人不能自行收集，但能够提供确切线索的，可以申请人民法院调取下列证据材料：

（一）由国家有关部门保存而须由人民法院调取的证据材料；

（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据材料；

（三）确因客观原因不能自行收集的其他证据材料。

人民法院不得为证明被诉具体行政行为的合法性，调取被告在作出具体行政行为时未收集的证据。

第二十九条 原告或者第三人有权证据或者有正当理由表明被告据以认定案件事实的鉴定结论可能有错误，在举证期限内书面申请重新鉴定的，人民法院应予准许。

第三十条 当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许：





- (一) 鉴定部门或者鉴定人不具有相应的鉴定资格的；
- (二) 鉴定程序严重违法的；
- (三) 鉴定结论明显依据不足的；
- (四) 经过质证不能作为证据使用的其他情形。

对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方式解决。

第三十五条 证据应当在法庭上出示，并经庭审质证。未经庭审质证的证据，不能作为定案的依据。

当事人在庭前证据交换过程中没有争议并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的依据。

第三十六条 经合法传唤，因被告无正当理由拒不到庭而需要依法缺席判决的，被告提供的证据不能作为定案的依据，但当事人在庭前交换证据中没有争议的证据除外。

第三十七条 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。

第三十八条 当事人申请人民法院调取的证据，由申请调取证据的当事人在庭审中出示，并由当事人质证。人民法院依职权调取的证据，由法庭出示，并可就调取该证据的情况进行说明，听取当事人意见。

第四十三条 当事人申请证人出庭作证的，应当在举证期限届满前提出，并经人民法院许可。人民法院准许证人出庭作证的，应当在开庭审理前通知证人出庭作证。

当事人在庭审过程中要求证人出庭作证的，法庭可以根据审理案件的具体情况，决定是否准许以及是否延期审理。

第四十四条 有下列情形之一的，原告或者第三人可以要求相关行政执法人员作为证人出庭作证：

- (一) 对现场笔录的合法性或者真实性有异议的；
- (二) 对扣押财产的品种或者数量有异议的；
- (三) 对检验的物品取样或者保管有异议的；
- (四) 对行政执法人员的身份的合法性有异议的；
- (五) 需要出庭作证的其他情形。

第五十条 在第二审程序中，对当事人依法提供的新的证据，法庭应当进行质证；当事人对第一审认定的证据仍有争议的，法庭也应当进行质证。

第五十二条 本规定第五十条和第五十一条中的“新的证据”是指以下证据：

- (一) 在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据；
- (二) 当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得，人民法院在第二审程序中调取的证据；
- (三) 原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。

第五十八条 以违反法律禁止性规定或者侵犯他人合法权益的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

第五十九条 被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据，原告依法应当提供而拒不提供，在诉讼程序中提供的证据，人民法院一般不予采纳。

第六十条 下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据：

- (一) 被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据；
- (二) 被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据；
- (三) 原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据。

第六十一条 复议机关在复议程序中收集和补充的证据，或者作出原具体行政行为的行政机关在复议程序中未向复议机关提交的证据，不能作为人民法院认定原具体行政行为为合法的依据。

第六十二条 对被告在行政程序中采纳的鉴定结论，原告或者第三人提出证据证明有下列情形之一的，人民法院不予采纳：

- (一) 鉴定人不具备鉴定资格；
- (二) 鉴定程序严重违法；
- (三) 鉴定结论错误、不明确或者内容不完整。

第六十三条 证明同一事实的数个证据，其证明效力一般可以按照下列情形分别认定：

(一) 国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证；

(二) 鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料和证人证言；

(三) 原件、原物优于复制件、复制品；

(四) 法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论；

(五) 法庭主持勘验所制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验所制作的勘验笔录；

(六) 原始证据优于传来证据；

(七) 其他证人证言优于与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言；

(八) 出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言；

(九) 数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。

第六十四条 以有形载体固定或者显示的电子数据交换、电子邮件以及其他数据资料，其制作情况和真实性经对方当事人确认，或者以公证等其他有效方式予以证明的，与原件具有同等的证明效力。

第六十五条 在庭审中一方当事人或者其代理人在代理权限范围内对另一方当事人陈述的案件事实明确表示认可的，人民法院可以对该事实予以认定。但有相反证据足以推翻的除外。

第六十六条 在行政赔偿诉讼中，人民法院主持调解时当事人为达成调解协议而对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

第七十条 生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁决文书确认的事实，可以作为定案依据。但是如果发现裁判文书或者裁决文书认定的事实有重大问题的，应当中止诉讼，通过法定程序予以纠正后恢复诉讼。

第七十一条 下列证据不能单独作为定案依据：

(一) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言；

(二) 与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言，或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言；

(三) 应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言；

(四) 难以识别是否经过修改的视听资料；

(五) 无法与原件、原物核对的复制件或者复制品；

(六) 经一方当事人或者他人改动，对方当事人不予认可的证据材料；

(七) 其他不能单独作为定案依据的证据材料。

### 《若干解释》

第二十六条 在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为承担举证责任。

被告应当在收到起诉状副本之日起十日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据；被告不提供或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据。

第二十七条 原告对下列事项承担举证责任：

(一) 证明起诉符合法定条件，但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外；

(二) 在起诉被告不作为的案件中，证明其提出申请的事实；

(三) 在一并提起的行政赔偿诉讼中，证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实；

(四) 其他应当由原告承担举证责任的事项。

### 《行赔规定》

第三十二条 原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任。被告有权提供不予赔偿或者减少赔偿数额方面的证据。

## 法条精解

了解行政诉讼证据的一些理论知识：

### 1. 被告的举证责任

被告为证明其行为的合法性，必须提供据以作出被诉具体行政行为的证据和所依据的规范性文件，且一般仅限于作出具体行政行为时已经收集的并作为具体行政行为依据的证据。

(1) 在行政程序中，被告可以收集到而没有收集的证据，在行政程序终结后，诉讼程序中收集和补充的证据，不能作为法院认定原具体行政行为合法的依据。所以：①在诉讼过程中，被告及其代理人不得自







行向原告和证人收集证据；②复议机关在复议程序中收集和补充的证据，不能作为法院认定原具体行政行为为合法的依据。

(2) 在行政程序中已经收集，但被告没有作为具体行政行为依据的证据，也不能作为具体行政行为合法性的依据。所以：①原告、第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据，不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据；②作出原具体行政行为的行政机关在复议程序中未向复议机关提交的证据，不能作为法院认定原具体行政行为合法的依据。

## 2. 原告的举证责任

如果原告对下列事项举证不力，会导致一定法律后果的产生（法院裁定不予受理或者驳回起诉、判决驳回诉讼请求或者判决驳回行政赔偿请求）：

(1) 起诉期限。但被告认为原告起诉超过法定期限的，则由被告承担举证责任，如果被告不能证明原告的起诉超过法定的起诉期限，则推定原告的起诉符合法定的起诉期限。

(2) 起诉不作为。在起诉被告不作为案中，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。但有下列情形之一的除外：①被告应当依职权主动履行法定职责的；②原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料并能够作出合理说明的。

## 3. 行政赔偿诉讼

在行政赔偿诉讼中，原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据（行为的存在，损害的存在，行为与损害之间的因果关系）。

## 4. 原告的举证权

(1) 原告提供证据证明被诉具体行政行为违法，属于原告的举证权利，而非其责任，原告不能证明被诉具体行政行为违法的，被诉具体行政行为并不因此而具有合法性。

(2) 原告提供的证据，分为以下几种情形：

①原告提供其在行政程序中已经提出的证据，而该证据在行政程序中未作为具体行政行为依据的，可以作为认定具体行政行为违法性的依据。

②原告提出其在行政程序中没有提出的证据的，可以作为具体行政行为违法性的依据；但被告为对抗这种新证据，经法院准许，可以在第一审程序中补充相应的证据。

③原告提出其在行政程序中没有提出的证据，而该证据在行政程序中被告依照法定程序要求原告提供，但是原告依法应当提供而拒不提供的，该类证据法院一般不予采纳，不能作为具体行政行为违法性的依据。

## 5. 被告的举证期限

(1) 原则：被告应当在收到起诉状副本之日起10日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。

(2) 延期提供：需满足的情形：①被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由，不能在收到起诉状副本之日起10日内提供；②被告应当在收到起诉状副本之日起10日内向人民法院提出延期提供的书面申请；③人民法院准许延期提供；④被告应当在正当事由消除后10日内提供证据。

(3) 补充提供：一审中，被告补充提供的证据能够作为定案的根据，必须同时满足以下条件：①原告或者第三人提出其在行政程序中没有提出的反驳理由或者证据的；②经法院准许。

二审中，被告补充提供的证据能够作为定案的根据，必须是在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据。

(4) 不提供或逾期提供：视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

## 6. 原告、第三人的举证期限

(1) 原则：应在开庭审理前或者人民法院指定的证据交换之日提供证据。

(2) 延期提供：因正当事由申请延期提供证据的，经人民法院准许，可以在法庭调查中提供。

(3) 补充提供：原告、第三人在一审中无正当理由未提供而在第二审程序中提供的证据，法院不予采纳。但如原告、第三人在二审中提供的证据是在举证期限届满后发现的证据，也能在二审程序中质证，作为定案的根据。

(4) 不提供或逾期提供：视为放弃举证权利。

法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据，但这方面的职权受到严格限制。法院调取证据分为依职权调取和依申请调取两大类，无论哪一种都须在法定情形下进行，请务必掌握两类的情形。尤其对于依申请调取证据的情形，只有原告、第三人可以申请且应提供确切线索。

7. 关于两种情形下的重新鉴定，一是对被告行政行为所依据的鉴定结论申请重新鉴定；一是对法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论申请重新鉴定。注意区别：

- (1) 申请的主体不同；
- (2) 申请的理由不同；
- (3) 申请的时间不同，前者限于举证期限内，后者无此限制。

8. 关于质证：《证据规定》第35条规定，未经质证的证据不能作为定案依据，这是一个原则，但要注意第2款规定的例外。

9. 特别注意：《证据规定》第36条规定的对被告不出庭导致的对证据的否定性评价。

### 真题示例

1. (2009-2-87) 许某与汤某系夫妻，婚后许某精神失常。二人提出离婚，某县民政局准予离婚。许某之兄认为许某为无民事行为能力人，县民政局准予离婚行为违法，遂提起行政诉讼。县民政局向法院提交了县医院对许某作出的间歇性精神病的鉴定结论。许某之兄申请法院重新进行鉴定。下列哪些选项是正确的？

- A. 原告需对县民政局准予离婚行为违法承担举证责任
- B. 鉴定结论应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章
- C. 当事人申请法院重新鉴定可以口头提出
- D. 当事人申请法院重新鉴定应当在举证期限内提出

答案：BD。

解析：考察法条《行政诉讼法》第32条、《证据规定》第14条、第29条。

2. (四川2008-2-87) 某小区按照开发时间分为两个区域，后某区房屋管理局发出通知，将该小区分为三个物业管理区域，对各区域的物业管理用房作了重新划分。叶某等25户居民不服提起行政诉讼，认为通知违反《物业管理条例》有关规定，要求予以撤销。下列哪些说法是正确的？

- A. 若叶某等25户居民在指定期限内未选定诉讼代表人，法院有权依职权指定诉讼代表人
- B. 叶某等25户居民提供证据证明通知不符合《物业管理条例》的规定，是承担举证责任的表现
- C. 若在诉讼期间叶某有妨害诉讼行为，法院可以责令其悔过
- D. 若法院经审理认为通知没有考虑《物业管理条例》规定的应考虑的建筑物规模和社区建设因素，可以认定通知主要证据不足

答案：AC。

解析：《若干解释》第14条第3款规定，同案原告为5人以上，应当推选1至5名诉讼代表人参加诉讼；在指定期限内未选定的，人民法院可以依职权指定。因此，A项说法正确。《行政诉讼法》第32条规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。因此，B项说法错误。《行政诉讼法》第49条规定，诉讼参与人或者其他人有妨碍行政诉讼的行为的，人民法院可以根据情节轻重，予以训诫、责令具结悔过或者处1000元以下的罚款、15日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。因此，C项说法正确。《物业管理条例》第9条第2款，物业管理区域的划分应当考虑物业的共用设施设备、建筑物规模、社区建设等因素。具体办法由省、自治区、直辖市制定。所以，还要考虑省、自治区、直辖市的具体办法，来确定该具体行政行为的效力。选项D说法错误。

### 重点法条

第三十六条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

#### 【关联法条】

#### 《证据规定》

第二十六条 人民法院需要调取的证据在异地的，可以书面委托证据所在地人民法院调取。受托人民法院应当在收到委托书后，按照委托要求及时完成调取证据工作，送交委托人民法院。受托人民法院不能完成委托内容的，应当告知委托的人民法院并说明原因。

第二十七条 当事人根据行政诉讼法第三十六条的规定向人民法院申请保全证据的，应当在举证期限届满前以书面形式提出，并说明证据的名称和地点、保全的内容和范围、申请保全的理由等事项。



当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。

法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。

## 重点法条

第三十七条 对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第三十三条 法律、法规规定应当先申请复议，公民、法人或者其他组织未申请复议直接提起诉讼的，人民法院不予受理。

复议机关不受理复议申请或者在法定期限内不作出复议决定，公民、法人或者其他组织不服，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

第三十四条 法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织既提起诉讼又申请行政复议的，由先受理的机关管辖；同时受理的，由公民、法人或者其他组织选择。公民、法人或者其他组织已经申请行政复议，在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。

第三十五条 法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后，又经复议机关同意撤回复议申请，在法定起诉期限内对原具体行政行为提起诉讼的，人民法院应当依法受理。

## 法条精解

关于复议与诉讼之关系：

1. 复议与诉讼的选择关系是原则，复议程序前置是例外。只有法律和行政法规才能规定复议程序前置。
2. 对于复议前置案件，复议机关不作为的，当事人起诉的应当是复议机关的不作为，不能起诉原具体行政行为；而对于复议选择案件，复议机关不作为的，当事人既可以起诉复议机关不作为，也可以起诉原具体行政行为。
3. 对复议选择的案件，不得并行选择，已经复议的不得诉讼；同时受理的，采取当事人选择原则；复议撤回后可以诉讼。

其中复议前置案件的确定，必须要有法律、法规的规定为依据，其他规范性文件不能作为依据。

## 真题示例

(2006-2-89) 某省甲市南区人民政府为改造旧城建设，成立一公司负责旧房拆除。郭某因与该公司达不成协议而拒不搬迁。南区人民政府决定对其住房强制拆迁。郭某对强制拆迁行为不服向南区人民法院提出行政诉讼，一个月未得到南区人民法院答复。下列哪些说法是正确的？

- A. 郭某可以向甲市中级人民法院起诉
- B. 郭某可以向甲市中级人民法院申诉
- C. 郭某可以向某省高级人民法院起诉
- D. 因此案不属行政诉讼受案范围，南区人民法院不予答复是正确的

答案：AB。

解析：根据《若干解释》第32条第3款规定，受诉人民法院在7日内既不立案，又不作出裁定的，起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。AB正确，应选。

## 重点法条

第三十八条 公民、法人或者其他组织向行政机关申请复议的，复议机关应当在收到申请书之日起两个月内作出决定。法律、法规另有规定的除外。

申请人不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期



不作决定的，申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

## 法条精解

复议机关作出复议决定的期间是2个月，起算点是收到复议申请书之日。经复议的案件，申请人向法院起诉的期限是15日，起算点是收到复议决定书之日或者复议期满之日（复议机关逾期不作出复议决定的）。

## 重点法条

**第三十九条** 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

**第二十四条** 赔偿义务机关作出赔偿决定时，未告知赔偿请求人的诉权或者起诉期限，致使赔偿请求人逾期向人民法院起诉的，其起诉期限从赔偿请求人实际知道诉权或者起诉期限时计算，但逾期的期间自赔偿请求人收到赔偿决定之日起不得超过一年。

**第三十九条** 公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责，行政机关在接到申请之日起六十日内不履行的，公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。

公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，起诉期间不受前款规定的限制。

**第四十一条** 行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过二年。

复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的，适用前款规定。

**第四十二条** 公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过二十年、其他具体行政行为从作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理。

**第四十三条** 由于不属于起诉人自身的原因超过起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期间内。因人身自由受到限制而不能提起诉讼的，被限制人身自由的时间不计算在起诉期间内。

**第五十一条** 在诉讼过程中，有下列情形之一的，中止诉讼：

- （一）原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼的；
- （二）原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- （三）作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- （四）一方当事人因不可抗力事由不能参加诉讼的；
- （五）案件涉及法律适用问题，需要送请有权机关作出解释或者确认的；
- （六）案件的审判须以相关民事、刑事或者其他行政案件的审理结果为依据，而相关案件尚未审结的；
- （七）其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

#### 《行赔规定》

**第二十三条** 公民、法人或者其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，其起诉期限按照行政诉讼起诉期限的规定执行。

行政案件的原告可以在提起行政诉讼后至人民法院一审庭审结束前，提出行政赔偿请求。

#### 《行政复议法》

**第三十条** 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。

## 法条精解

有关行政诉讼的起诉期限，应重点掌握本法第39条及《若干解释》第39条、第41-42条之规定，尤







其是该解释第 41-42 条之规定。《若干解释》的规定可视为特殊情形，主要有：

- (1) 行政机关不履行职责的；
- (2) 行政机关未告知诉权或起诉期限的；
- (3) 相对人不知道具体行政行为内容的。

### 真题示例

1. (2006-2-47) 因甲公司不能偿还到期债务，贷款银行向法院提起民事诉讼。2004 年 6 月 7 日，银行在诉讼中得知市发展和改革委员会已于 2004 年 4 月 6 日根据申请，将某小区住宅项目的建设业主由甲公司变更为乙公司。后银行认为行政机关的变更行为侵犯了其合法债权，于 2006 年 1 月 9 日向法院提起行政诉讼，请求确认市发展和改革委员会的变更行为违法。下列关于起诉期限的哪种说法符合法律规定？

- A. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起 5 年内提起行政诉讼
- B. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起 20 年内提起行政诉讼
- C. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起 2 年内提起行政诉讼
- D. 原告应当在知道具体行政行为内容之日起 3 个月内提起行政诉讼

答案：D。

解析：根据《行政诉讼法》第 39 条、《若干解释》第 41 条和第 42 条规定，在本题中，银行不是发改委所作具体行政行为的相对人，行政机关没有义务告知其诉权和起诉期限，所以银行的起诉期限应适用《行政诉讼法》第 39 条的规定。D 正确。

2. (2005-2-48) 1995 年田某向原国家专利局申请 A 发明专利，次年 4 月与胡某签定了“关于创办 B 厂协议书”。在田某不知情的情况下，1998 年 4 月 20 日某区工商局根据胡某的申请向胡某颁发了 B 厂企业法人营业执照，胡某为法定代表人。1999 年 5 月 11 日，某区工商局根据 B 厂的申请注销了该厂的登记。2000 年 10 月 20 日田某向某区工商局了解 B 厂情况，同年 11 月 2 日该局告知该厂登记、注销情况。2003 年 7 月 31 日国家专利行政部门授予田某 A 专利权并予以公告。2004 年 8 月 10 日，田某以某区工商局向胡某颁发企业法人营业执照行为侵犯其专利权为由向法院提起诉讼。下列哪一种说法是正确的？

- A. 田某的专利权保护期自 2004 年 7 月 31 日开始起算
- B. 田某起诉期限自 2000 年 10 月 20 日开始起算
- C. 如果《专利法》对起诉期限有特别规定时，田某提起诉讼的起诉期限应从其规定
- D. 对田某的起诉，法院不予受理

答案：D。

解析：根据《专利法》第 39 条规定，发明专利权自公告之日起生效；但根据该法第 42 条，发明专利权的期限自申请日起计算，即 1995 年起算。据此，选项 A 错误。本案中，田某的起诉对象是区工商局向胡某颁发企业法人营业执照行为，该行为发生在 1998 年 4 月 20 日，但田某不知道该行为内容，根据《若干解释》第 42 条，起诉期限应当从知道或者应当知道行为内容之日起算，即 2000 年 11 月 2 日。据此，选项 B 错误。根据《若干解释》第 41 条规定，田某最迟应当在 2002 年 11 月 2 日起诉。田某 2004 年才去起诉，根据《若干解释》第 44 条第 1 款第 6 项，法院不予受理；据此，选项 D 正确。本案中，田某的起诉期限的计算并不直接受《行政诉讼法》第 39 条的调整，据此，选项 C 错误。

3. (2007-2-87) 秦某租住江某房屋，后伪造江某的身份证和房屋所有权证，将房屋卖给不知情的吴某。房屋登记部门办理过户时未发现材料有假，便向吴某发放了房屋所有权证。江某发现房屋被卖时秦某已去向不明。江某以登记错误为由，提起行政诉讼要求撤销登记。下列哪些选项是正确的？

- A. 法院应判决房屋登记部门撤销颁发给吴某的房屋所有权证
- B. 吴某是善意第三人，房屋登记部门不应当撤销给吴某颁发的房屋所有权证
- C. 江某应当先申请行政复议，对复议决定不服的，才能向法院起诉
- D. 江某提起行政诉讼最长期限是 20 年，自房屋登记机关作出过户登记之日起计算

答案：AD。

解析：本案中江某是房屋的所有权人，而秦某是侵权人，所有权人的利益具有优先性，所以江某的权利应得到优先保护，所以 A 是正确的，B 是错误的。根据《行政复议法》第 30 条规定，本案中的情形显然是不需要先进行行政复议的，所以 C 项是错误的。根据《若干解释》第 42 条规定，D 项是正确的。综上，本题的正确选项是 AD。

4. (四川 2008-2-99) 甲与乙婚后购买一套房屋,产权证载明所有权人为乙。后双方协议离婚,约定房屋赠与女儿,甲可以居住房屋至女儿满18岁,但未办理房屋所有权转移登记。不久,乙与丙签订抵押借款协议,将房屋抵押给丙,2005年10月8日丙取得房产局发放的房屋他项权利证书。2006年11月7日,丙在联系不到乙的情况下,找到甲并出示抵押相关材料和证书,甲才知该房屋已被抵押,遂要求房产局解决。未获得满意答复后于2007年1月16日向法院起诉请求注销该证书,并同时以丙为被告向法院提起民事诉讼,请求确认抵押借款协议无效。下列说法正确的是:

- A. 甲提起行政诉讼的起诉期限应自2005年10月8日起计算
- B. 甲的起诉已过起诉期限
- C. 法院应当中止行政诉讼,待民事诉讼审结后再恢复诉讼
- D. 法院应当中止民事诉讼,待行政诉讼审结后再恢复诉讼

答案:C。

解析:根据《若干解释》第42条规定,甲根本不知道行政机关作出具体行政行为的内容,因此,起诉期限应当从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。即从2006年11月7日开始计算,期限是3个月,即到2007年2月7日到期。因此,A、B项说法错误。根据《若干解释》第51条规定,C项说法正确,D项说法错误。

### 重点法条

第四十一条 提起诉讼应当符合下列条件:

- (一) 原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织;
- (二) 有明确的被告;
- (三) 有具体的诉讼请求和事实根据;
- (四) 属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

### 法条精解

《行政诉讼法》规定了起诉需要具备的条件:

1. 只要是认为具体行政行为侵犯了自己的合法权益就可以提起诉讼,而不要求具体行政行为在实际上侵犯了自己的合法权益;
2. 有明确的被告是指只要能够确定被告即可,并不要求被告是正确的;
3. 有具体的诉讼请求和事实根据,并不要求其诉讼请求是合理的,事实根据是真实可靠的;
4. 属于人民法院受案范围和受诉人民法院的管辖,即要求原告起诉前必须确定适格的法院。

### 重点法条

第四十二条 人民法院接到起诉状,经审查,应当在七日内立案或者作出裁定不予受理。原告对裁定不服的,可以提起上诉。

第四十三条 人民法院应当在立案之日起五日内,将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料,并提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内,将答辩状副本发送原告。

被告不提出答辩状的,不影响人民法院审理。

#### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第三十二条 人民法院应当组成合议庭对原告的起诉进行审查。符合起诉条件的,应当在七日内立案;不符合起诉条件的,应当在七日内裁定不予受理。

七日内不能决定是否受理的,应当先予受理;受理后经审查不符合起诉条件的,裁定驳回起诉。

受诉人民法院在七日内既不立案,又不作出裁定的,起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。上一级人民法院认为符合受理条件的,应予受理;受理后可以移交或者指定下级人民法院审理,也可以自行审理。

前三款规定的期限,从受诉人民法院收到起诉状之日起计算;因起诉状内容欠缺而责令原告补正的,从人民法院收到补正材料之日起计算。





第三十七条 原告或者上诉人未按规定预交案件受理费，又不提出缓交、减交、免交申请，或者提出申请未获批准的，按自动撤诉处理。在按撤诉处理后，原告或者上诉人在法定期限内再次起诉或者上诉，并依法解决诉讼费预交问题的，人民法院应予受理。

第三十八条 人民法院判决撤销行政机关的具体行政行为后，公民、法人或者其他组织对行政机关重新作出的具体行政行为不服向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。

第三十九条 公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责，行政机关在接到申请之日起60日内不履行的，公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。

公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，起诉期间不受前款规定的限制。

第四十条 行政机关作出具体行政行为时，没有制作或者没有送达法律文书，公民、法人或者其他组织不服向人民法院起诉的，只要能证明具体行政行为存在，人民法院应当依法受理。

第四十四条 有下列情形之一的，应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉：

（一）请求事项不属于行政审判权限范围的；

（二）起诉人无原告诉讼主体资格的；

（三）起诉人错列被告且拒绝变更的；

（四）法律规定必须由法定或者指定代理人、代表人为诉讼行为，未由法定或者指定代理人、代表人为诉讼行为的；

（五）由诉讼代理人代为起诉，其代理不符合法定要求的；

（六）起诉超过法定期限且无正当理由的；

（七）法律、法规规定行政复议为提起诉讼必经程序而未申请复议的；

（八）起诉人重复起诉的；

（九）已撤回起诉，无正当理由再行起诉的；

（十）诉讼标的为生效判决的效力所羁束的；

（十一）起诉不具备其他法定要件的。

前款所列情形可以补正或者更正的，人民法院应当指定期间责令补正或者更正；在指定期间已经补正或者更正的，应当依法受理。

第四十五条 起诉状副本送达被告后，原告提出新的诉讼请求的，人民法院不予准许，但有正当理由的除外。

### 《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》

第三条 当事人向有管辖权的基层人民法院起诉，受诉人民法院在七日内未立案也未作出裁定，当事人向中级人民法院起诉，中级人民法院应当根据不同情况在七日内分别作出以下处理：

（一）要求有管辖权的基层人民法院依法处理；

（二）指定本辖区其他基层人民法院管辖；

（三）决定自己审理。

第二十七条 人民法院接到原告单独提起的行政赔偿起诉状，应当进行审查，并在七日内立案或者作出不予受理的裁定。

人民法院接到行政赔偿起诉状后，在七日内不能确定可否受理的，应当先予受理。审理中发现不符合受理条件的，裁定驳回起诉。

当事人对不予受理或者驳回起诉的裁定不服的，可以在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

### 法条精解

关于审查起诉，掌握：

1. 法院审查起诉的时间是7日。审查处理的结果有三种：

（1）立案；

（2）裁定不予受理或者裁定驳回起诉（具体情形参见《若干解释》第44条），对此当事人可以依法上诉；

(3) 既不立案,又不作出裁定。对此,当事人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。

2. 注意把握被告的答辩期。另外,答辩期其实也是被告的举证期限。

3. 《若干解释》第45条限制了原告增加或改变诉讼请求的权利,原告的诉讼请求截止于“起诉状副本送达被告”。注意:该条的但书,即正当理由。

### 真题示例

(2006-2-50) 行政诉讼中,起诉状副本送达被告后,下列关于行政诉讼程序的哪种说法是正确的?

- A. 原告可以提出新的诉讼请求,但变更原诉讼请求的,法院不予准许
- B. 法庭辩论终结前,原告提出新的诉讼请求的,法院应予准许
- C. 法庭辩论终结前,原告提出新的诉讼请求或变更原诉讼请求的,法院应予准许
- D. 原告提出新的诉讼请求的,法院不予准许,但有正当理由的除外

答案: D。

解析: 根据《若干解释》第45条规定,起诉状副本送达被告后,原告提出新的诉讼请求的,人民法院不予准许,但有正当理由的除外。因此, A 项、B 项、C 项均不符合该条规定,正确答案为 D。

### 重点法条

第四十四条 诉讼期间,不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的,停止具体行政行为的执行:

(一) 被告认为需要停止执行的;

(二) 原告申请停止执行,人民法院认为该具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失,并且停止执行不损害社会公共利益,裁定停止执行的;

(三) 法律、法规规定停止执行的。

#### 【关联法条】

#### 《行政复议法》

第二条 公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益,向行政机关提出行政复议申请,行政机关受理行政复议申请、作出行政复议决定,适用本法。

第二十一条 行政复议期间具体行政行为不停止执行;但是,有下列情形之一的,可以停止执行:

(一) 被申请人认为需要停止执行的;

(二) 行政复议机关认为需要停止执行的;

(三) 申请人申请停止执行,行政复议机关认为其要求合理,决定停止执行的;

(四) 法律规定停止执行的。

#### 《若干解释》

第九十四条 在诉讼过程中,被告或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行被诉具体行政行为,人民法院不予执行,但不及时执行可能给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成不可弥补的损失,人民法院可以先予执行。后者申请强制执行的,应当提供相应的财产担保。

#### 《行政诉讼法》

第七十条 外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼,适用本法。法律另有规定的除外。

#### 《证据规定》

第五条 在行政赔偿诉讼中,原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。

### 法条精解

熟悉停止具体行政行为执行的三种情形: ①被申请人认为需要停止执行的; ②行政复议机关认为需要停止执行的; ③申请人申请停止执行,行政复议机关认为其要求合理,决定停止执行的。

特别注意其中第三种情形应同时具备的条件,应该包括两个方面,申请人的申请和行政复议机关经过审查申请认为其申请是合理的才可以停止执行。

不停止执行是原则,注意《若干解释》第94条规定。





1. (2006-2-40) 下列哪一选项是关于具体行政行为拘束力的正确理解?

- ① 具体行政行为具有不再争议性, 相对人不得改变具体行政行为
- ② 行政主体非经法定程序不得任意改变或撤销具体行政行为
- ③ 相对人必须遵守和实际履行具体行政行为规定的义务
- ④ 具体行政行为在行政复议或行政诉讼期间不停止执行

- A. ①②
- B. ①②④
- C. ②③
- D. ③④

答案: C。

解析: 根据《行政复议法》第2条和《行政诉讼法》第2条规定可以判定, ①项中具体行政行为具有不再争议性是错误的。具体行政行为的拘束力对行政主体和相对人是同等的。行政主体非经法定程序不得任意改变或者撤销具体行政行为, 因此行政主体必须依法作出行政行为, 具体行政行为一旦作出就对行政主体具有拘束力, 不得任意改变。②正确。相对人必须遵守和实际履行具体行政行为规定的义务, 根据《行政诉讼法》第66条规定, ③正确。由《行政复议法》第21条和《行政诉讼法》第44条规定可以得出, ④错误。

2. (2005-2-100) 兴汇有限公司申报进口人工草坪, 某海关征收关税和代征增值税后放行。后某海关发现兴汇有限公司进口人工草坪税则归类错误导致税率差异, 遂又向兴汇有限公司补征关税和代征增值税近5万元。兴汇有限公司以第一次征税行为违法致使其未能将税款纳入成本造成损失为由要求某海关赔偿, 在遭拒绝后, 兴汇有限公司遂向法院提起行政赔偿诉讼。下列说法正确的是:

- A. 此案为涉外行政案件
- B. 因兴汇有限公司提起诉讼, 补征税款的决定停止执行
- C. 兴汇有限公司的起诉符合单独提起行政赔偿诉讼的程序要求
- D. 兴汇有限公司应当对所遭受的损失承担举证责任

答案: CD。

解析: 根据《行政诉讼法》第70条, 题干并未交代“兴汇有限公司”是外国组织, 因此选项A错误。根据《行政诉讼法》第44条规定, 选项B错误。根据《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第2条和第21条的规定, 海关的第一次征税行为已被海关补征税款的决定确认违法, 而且兴汇有限公司要求海关赔偿但遭拒绝。在此种情形下兴汇有限公司单独提起行政赔偿诉讼是适当的。据此, 选项C正确。另外, 根据《证据规定》第5条, 选项D正确。

## 重点法条

第四十七条 当事人认为审判人员与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判, 有权申请审判人员回避。

审判人员认为自己与本案有利害关系或者有其他关系, 应当申请回避。

前两款规定, 适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

院长担任审判长时的回避, 由审判委员会决定; 审判人员的回避, 由院长决定; 其他人员的回避, 由审判长决定。当事人对决定不服的, 可以申请复议。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第四十七条 当事人申请回避, 应当说明理由, 在案件开始审理时提出; 回避事由在案件开始审理后知道的, 应当在法庭辩论终结前提出。

被申请回避的人员, 在人民法院作出是否回避的决定前, 应当暂停参与本案的工作, 但案件需要采取紧急措施的除外。

对当事人提出的回避申请, 人民法院应当在三日内以口头或者书面形式作出决定。

申请人对驳回回避申请决定不服的, 可以向作出决定的人民法院申请复议一次。复议期间, 被申请回避的人员不停止参与本案的工作。对申请人的复议申请, 人民法院应当在三日内作出复议决定, 并通知复议申请人。



## 重点法条

第四十八条 经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，视为申请撤诉；被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

第五十条 人民法院审理行政案件，不适用调解。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第四十九条 原告或者上诉人经合法传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。

原告或者上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可而中途退庭的，人民法院可以缺席判决。

第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。

## 法条精解

要对比记忆民事诉讼和行政诉讼中对于诉讼当事人和诉讼参加人不按时到庭或者中途退庭的相关规定。它们之间存在相似之处，但也有不同之处。《民事诉讼法》对此规定如下：

第129条规定：原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理；被告反诉的，可以缺席判决。

第130条规定：被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

第131条规定：宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。人民法院裁定不准许撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

行政诉讼与民事诉讼的重要区别即是行政诉讼不适用调解，原因在于行政诉讼的原被告双方的身份不具有平等性，而民事诉讼中的原被告双方的地位是平等的。但行政诉讼不适用调解有一个例外，那就是行政赔偿诉讼，在行政赔偿诉讼中是适用调解的。

## 重点法条

第五十一条 人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的具体行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第三十六条 人民法院裁定准许原告撤诉后，原告以同一事实和理由重新起诉的，人民法院不予受理。

准予撤诉的裁定确有错误，原告申请再审的，人民法院应当通过审判监督程序撤销原准予撤诉的裁定，重新对案件进行审理。

第三十七条 原告或者上诉人未按规定的期限预交案件受理费，又不提出缓交、减交、免交申请，或者提出申请未获批准的，按自动撤诉处理。在按撤诉处理后，原告或者上诉人在法定期限内再次起诉或者上诉，并依法解决诉讼费预交问题的，人民法院应予受理。

第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。

第五十条 被告在一审期间改变被诉具体行政行为的，应当书面告知人民法院。

原告或者第三人对改变后的行为不服提起诉讼的，人民法院应当就改变后的具体行政行为进行审理。

被告改变原具体行政行为，原告不撤诉，人民法院经审查认为原具体行政行为违法的，应当作出确认其违法的判决；认为原具体行政行为合法的，应当判决驳回原告的诉讼请求。

原告起诉被告不作为，在诉讼中被告作出具体行政行为，原告不撤诉的，参照上述规定处理。

### 《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》

第一条 人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当，可以在宣告判决或者裁定前，建议被告改变其所作的具体行政行为。

第二条 被告改变被诉具体行政行为，原告申请撤诉，符合下列条件的，人民法院应当裁定准许：

（一）申请撤诉是当事人真实意思表示；

（二）被告改变被诉具体行政行为，不违反法律、法规的禁止性规定，不超越或者放弃职权，不损害公



共利益和他人合法权益；

(三) 被告已经改变或者决定改变被诉具体行政行为，并书面告知人民法院；

(四) 第三人无异议。

第三条 有下列情形之一的，属于行政诉讼法第五十一条规定的“被告改变其所作的具体行政行为”：

(一) 改变被诉具体行政行为所认定的主要事实和证据；

(二) 改变被诉具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响；

(三) 撤销、部分撤销或者变更被诉具体行政行为处理结果。

第四条 有下列情形之一的，可以视为“被告改变其所作的具体行政行为”：

(一) 根据原告的请求依法履行法定职责；

(二) 采取相应的补救补偿等措施；

(三) 在行政裁决案件中，书面认可原告与第三人达成的和解。

第五条 被告改变原具体行政行为，原告申请撤诉，有履行内容且履行完毕的，人民法院可以裁定准许撤诉；不能即时或者一次性履行的，人民法院可以裁定准许撤诉，也可以裁定中止审理。

《最高人民法院关于审理行政赔偿若干问题的规定》

第三十一条 被告在一审判决前同原告达成赔偿协议，原告申请撤诉的，人民法院应当依法予以审查并裁定是否准许。

## 法条精解

关于撤诉，注意：

1. 撤诉包括申请撤诉和按撤诉处理，据《若干解释》第36条第1款、第37条的规定，两种撤诉方式法律后果不同。

2. 注意《若干解释》第37条规定的按撤诉处理的情形。

3. 对于《若干解释》第50条的规定，必须注意：①第1款规定了被告的书面告知义务；②根据该条第2款，人民法院就改变后的行为进行审理，必须存在当事人的起诉；③就该条第3款而言，人民法院之所以只能作出“确认违法”判决或者“驳回诉讼请求”判决，是因为原行为在法律上不存在了。

4. 《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第1条赋予法院的司法建议权，建议被告改变其所作的具体行政行为。

(1) 建议对象：仅针对违法或者不当具体行政行为，若具体行政行为合法且适当，则不得建议；

(2) 建议时间：必须在裁判宣告前，若已宣判则不得建议；

(3) 权限性质：法院可行使也可不行使；被告可执行也可以不执行。

5. 《行政撤诉规定》第2条明确在被告改变被诉具体行政行为时，法院裁定准许原告撤诉申请的条件。该条件概言之四个字：真实、合法。真实：原告申请撤诉出于真实意思；且被告改变被诉具体行政行为也是真实的。合法：指实体性合法；合法性得到原告认可（以撤诉申请表示认可）；第三人无异议。

6. 《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第3条、第4条明确了被告改变其所作的具体行政行为的含义。其中，该规定第3条规定与《若干解释》第7条雷同。

## 真题示例

1. (2007-2-43) 甲有乙、丙两子。甲与乙曾订立赡养协议，并将自己的10棵荔枝树全部给乙。县政府向乙颁发了10棵荔枝树的林权证。甲去世后，丙认为自己的继承权受到侵犯，要求镇政府处理。镇政府重新分割了荔枝树，还派员将荔枝果摘下变卖，保存价款3000元，烂果400斤交由乙处理。乙不服，向法院提起行政诉讼。下列哪一选项是错误的？

A. 诉讼过程中，县政府颁发给乙的林权证仍然有效

B. 如果乙撤诉后，以同一事实和理由重新起诉的，法院不予受理

C. 法院将起诉状副本送达被告后，乙提出被告应赔偿荔枝烂果损失的诉讼请求，法院应予准许

D. 镇政府变卖荔枝果并保存价款的行为没有法律依据

答案：C。

解析：具体行政行为在被诉期间仍然有效，因此A的说法本身是正确的。根据《若干解释》第36条，B本身的说法是正确的。根据《若干解释》第45条，C的说法本身是错误的。D中镇政府变卖荔枝果的行



为是没有法律依据的，因此 D 本身的说法是正确的。本题是选非题，正确答案是 C。

2. (2005-2-41) 潘某不服某卫生局的行政处罚决定向法院提起诉讼。诉讼过程中，卫生局撤销了原处罚决定，潘某遂向法院申请撤诉，法院作出准予撤诉的裁定。一周后，卫生局又以同一事实和理由作出了与原处罚决定相同的决定。下列哪一种说法是正确的？

- A. 潘某可以撤回撤诉申请，请求法院恢复诉讼，继续审理该案
- B. 潘某可以对法院所作的准予撤诉裁定提出上诉
- C. 潘某可以申请再审，请求法院撤销准予撤诉的裁定
- D. 潘某可以对卫生局新的处罚决定提起诉讼

答案：D。

解析：在本案中，法院已经作出准予撤诉的裁定，诉讼已经结束，当然没有恢复诉讼的问题，恢复诉讼的前提是中止诉讼。据此，选项 A 错误。根据《若干解释》第 63 条，只有对不予受理、驳回起诉和管辖异议的裁定才可上诉，对其他裁定均不可上诉。据此，选项 B 错误。根据《若干解释》第 36 条第 2 款，选项 C 从程序意义上具有一定正确性；但从实体意义上讲，准予撤诉的裁定没有什么“错误”，选项 C 存在实体缺陷。卫生局又作出新的处罚，对该处罚，潘某当然可以起诉。据此，选项 D 正确。特别注意：选项 D 不违反《若干解释》第 36 条第 1 款的规定，因为选项 D 中，潘某起诉的对象是新处罚，而非原处罚。

3. (2002-2-30) 高某因不服市国土局行政处罚决定向法院提起诉讼。诉讼过程中，国土局撤销了原处罚决定，高某遂向法院申请撤诉，法院作出准予撤诉的裁定。两天以后，市国土局又以同一事实和理由作出了与原来相同的处罚决定，高某应当如何处理？

- A. 重新起诉
- B. 申请再审，请求法院撤销原准予撤诉的裁定
- C. 撤回撤诉申请，请求法院恢复诉讼，继续审理本案
- D. 对法院所作的撤诉裁定提出上诉

答案：A。

解析：根据《若干解释》第 36 条规定，国土局本已撤销了原处罚决定，法院也因此准予高某撤诉，行政诉讼法律关系已终结。但此后，国土局又做出了一个新的与原来相同（包括事实、理由与结果）的行政处罚，因此，高某就这一新的具体的行为可重新起诉，即选 A 项。B 项和 D 项错误，由于申请再审和上诉都是针对原裁判错误的情况而发生的，而本案中，准予撤诉裁定并无错误。C 项错误在于撤诉申请已被法院裁定准许，也就不可能再被撤回。

4. (四川 2008-2-90) 甲公司不服工商局处罚决定向法院提起行政诉讼，法院受理后通知乙公司作为第三人参加诉讼。开庭审理时，乙公司法定代表人和委托代理人未到庭。下列哪些说法是正确的？

- A. 若乙公司经合法传唤无正当理由不到庭，不影响案件的审理
- B. 若甲公司经合法传唤无正当理由不到庭，法院可以按撤诉处理
- C. 若甲公司经两次合法传唤未到庭，法院应当缺席判决
- D. 若甲公司未经法庭许可中途退庭，法院可以按撤诉处理

答案：ABD。

解析：根据《若干解释》第 49 条第 3 款规定，A 项说法正确。根据《若干解释》第 49 条第 1 款规定，B、D 项说法正确。根据《若干解释》第 49 条可知，甲公司是原告，通常情况下，经合法传唤无正当理由不到庭的，可以按撤诉处理，只有在原告撤诉不被法院准许的情况下，经合法传唤无正当理由不到庭的，才可以缺席判决，而其也是“可以”而非是“应当”。因此，C 项说法错误。

5. (2002-2-78) 行政诉讼过程中，在哪些情形下，人民法院可以按照撤诉处理？

- A. 原告经合法传唤无正当理由拒不到庭的
- B. 上诉人认为法院偏袒被告未经法庭许可中途退庭的
- C. 原告申请撤诉，法院裁定不予准许，经合法传唤拒不到庭的
- D. 被告改变原具体行政行为，原告不撤诉的

答案：AB。

解析：根据《若干解释》第 49 条规定，A、B 项应按撤诉处理，而 C 项中应缺席判决。根据《若干解释》第 50 条规定，D 项中不应按撤诉处理，而应作出确认判决或判决驳回原告诉讼请求。

6. (四川 2008-2-100) 某县食品药品监督管理局认定张某销售假药，作出罚款 5 000 元的决定（1 号决





定)。该局将决定书送达张某后发现文字错误,遂予以撤销并作出处罚内容相同的决定(2号决定),但决定书上加盖了该局前身某县药品监督管理局的印章。张某不服提起行政诉讼,诉讼期间,该局撤销了2号决定书,作出罚款3000元的决定(3号决定)。下列说法正确的是:

- A. 2号决定与1号决定错误性质相同,属于文字错误
- B. 对同一行为给予三次处罚,既违反一事不再罚要求又构成反复无常
- C. 某县食品药品监管局撤销2号决定书、作出3号决定应在一审期间内进行
- D. 张某对3号决定不服起诉的,法院应当依法审查3号决定

答案:D。

解析:1号决定属于文字错误,2号决定属于签章错误,两者错误的性质是不相同的。因此,A项说法错误。上述的3个决定中,每个决定都是对前一决定的纠正,即后一决定的作出都是对前一决定的否认,后一决定生效的同时前一决定就失效了。因此,不存在三次决定都生效的情况,也就不存在违反一事不再罚原则的情况。因此,B项说法错误。某县食品药品监管局撤销2号决定书、作出3号决定书的行为可以在复议期间进行,可以在一审期间进行,也可以在二审期间进行,没有必须在一审期间进行的限制规定。因此,C项说法错误。根据《若干解释》第50条第2款规定,D项说法正确。

重点法条

第五十二条 人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。

人民法院审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。

第五十三条 人民法院审理行政案件,参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。

人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的,以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的,由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。

【关联法条】

《若干解释》

第六十二条 人民法院审理行政案件,适用最高人民法院司法解释的,应当在裁判文书中援引。

人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。

第九十七条 人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定。

法条精解

关于审理行政诉讼案件的法律依据,一直是司法考试的热点、重点、难点。准确掌握:

- 1. 法律依据包括法律(狭义)、地方性法规、行政法规、自治条例和单行条例(第52条)
- 2. 可参照地方政府规章和部门规章(第53条第1款)。
- 3. 可援引适用最高人民法院司法解释(《若干解释》第62条第1款)。
- 4. 可引用规章及其他规范性文件。

重点法条

第五十四条 人民法院经过审理,根据不同情况,分别作出以下判决:

(一)具体行政行为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序的,判决维持。

(二)具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为:

- 1. 主要证据不足的;
- 2. 适用法律、法规错误的;
- 3. 违反法定程序的;
- 4. 超越职权的;
- 5. 滥用职权的。

(三)被告不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行。



(四) 行政处罚显失公正的,可以判决变更。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第五十条 被告在一审期间改变被诉具体行政行为的,应当书面告知人民法院。

原告或者第三人对改变后的行为不服提起诉讼的,人民法院应当就改变后的具体行政行为进行审理。

被告改变原具体行政行为,原告不撤诉,人民法院经审查认为原具体行政行为违法的,应当作出确认其违法的判决;认为原具体行政行为合法的,应当判决驳回原告的诉讼请求。

原告起诉被告不作为,在诉讼中被告作出具体行政行为,原告不撤诉的,参照上述规定处理。

第五十三条 复议决定维持原具体行政行为的,人民法院判决撤销原具体行政行为,复议决定自然无效。

复议决定改变原具体行政行为错误,人民法院判决撤销复议决定时,应当责令复议机关重新作出复议决定。

第五十四条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为,被告重新作出的具体行政行为与原具体行政行为的结果相同,但主要事实或者主要理由有改变的,不属于行政诉讼法第五十五条规定的情形。

人民法院以违反法定程序为由,判决撤销被诉具体行政行为的,行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。

行政机关以同一事实和理由重新作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为,人民法院应当根据行政诉讼法第五十四条第(二)项、第五十五条的规定判决撤销或者部分撤销,并根据行政诉讼法第六十五条第三款的规定处理。

第五十五条 人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚,但利害关系人同为原告的除外。

人民法院审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚。

第五十六条 有下列情形之一的,人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求:

- (一) 起诉被告不作为理由不能成立的;
- (二) 被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的;
- (三) 被诉具体行政行为合法,但因法律、政策变化需要变更或者废止的;
- (四) 其他应当判决驳回诉讼请求的情形。

第五十七条 人民法院认为被诉具体行政行为合法,但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的,可以作出确认其合法或者有效的判决。

有下列情形之一的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决:

- (一) 被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的;
- (二) 被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的;
- (三) 被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。

第五十八条 被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。

第五十九条 根据行政诉讼法第五十四条第(二)项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者当事人合法权益造成损失的,人民法院在判决撤销的同时,可以分别采取以下方式处理:

- (一) 判决被告重新作出具体行政行为;
- (二) 责令被诉行政机关采取相应的补救措施;
- (三) 向被告和有关机关提出司法建议;
- (四) 发现违法犯罪行为的,建议有权机关依法处理。

第六十条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为,如不及时重新作出具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的,可以限定重新作出具体行政行为的期限。

人民法院判决被告履行法定职责,应当指定履行的期限,因情况特殊难于确定期限的除外。

第六十三条 裁定适用于下列范围:

- (一) 不予受理;
- (二) 驳回起诉;





- (三) 管辖异议;
- (四) 终结诉讼;
- (五) 中止诉讼;
- (六) 移送或者指定管辖;
- (七) 诉讼期间停止具体行政行为的执行或者驳回停止执行的申请;
- (八) 财产保全;
- (九) 先予执行;
- (十) 准许或者不准许撤诉;
- (十一) 补正裁判文书中的笔误;
- (十二) 中止或者终结执行;
- (十三) 提审、指令再审或者发回重审;
- (十四) 准许或者不准许执行行政机关的具体行政行为;
- (十五) 其他需要裁定的事项。

对第(一)、(二)、(三)项裁定,当事人可以上诉。

### 《行赔规定》

第十二条 人民法院发现受理的案件不属于自己管辖,应当移送有管辖权的人民法院;受移送的人民法院不得再行移送。

第三十三条 被告的具体行政行为违法但尚未对原告合法权益造成损害的,或者原告的请求没有事实根据或法律根据的,人民法院应当判决驳回原告的赔偿请求。

第三十四条 人民法院对赔偿请求人未经确认程序而直接提起行政赔偿诉讼的案件,在判决时应当对赔偿义务机关致害行为是否违法予以确认。

第三十五条 人民法院对单独提起行政赔偿案件作出判决的法律文书的名称为行政赔偿判决书、行政赔偿裁定书或者行政赔偿调解书。

## 法条精解

《行政诉讼法》规定的判决种类,为每年必考,乃一大难点。总结起来,一审判决可分为:

1. 维持判决:法院认定具体行政行为合法有效,从而作出否定原告对被诉具体行政行为的指控,维持被诉具体行政行为的判决。具体行政行为须同时满足三个条件:①证据确凿;②适用法律、法规正确;③符合法定程序。

2. 撤销判决:法院认定被诉具体行政行为部分或者全部违法,从而部分或全部撤销被诉具体行政行为,并可以责令被告重新作出具体行政行为的判决。分为三种具体形式:①全部撤销;②部分撤销;③判决撤销并责令被告重新作出具体行政行为。

作出撤销判决的情形有:①主要证据不足;②适用法律、法规错误;③违反法定程序;④超越职权;⑤滥用职权。

适用撤销判决时,需特别注意的特殊规定有:《若干解释》第53条、第59条;第54条第2款之例外规定;第60条第1款。

3. 履行判决:法院认定被告负有法定职责无正当理由而拒不履行或拖延履行的,责令被告限期履行法定职责的判决。是针对行政机关的不作为而采用的判决形式,主要适用于《行政诉讼法》第11条第4~6项三类情形。

适用履行判决,应注意的特殊规定是《若干解释》第60条第2款。

4. 变更判决:法院认定行政处罚行为显失公正,运用国家审判权直接改变行政处罚行为的判决。变更判决的适用条件是:

- (1) 变更判决只能针对行政处罚行为作出;
- (2) 行政处罚行为显失公正。

适用变更判决,应注意的特殊规定是:《若干解释》第55条的规定,即法院对行政处罚行为作出变更判决,原则上只能减轻不能加重(注意例外);不能对行政机关未给予处罚的人直接给予行政处罚。

5. 驳回原告诉讼请求判决:法院认为原告的诉讼请求依法不能成立,但又不适宜对被诉具体行政行为作出其他判决的情况下,直接作出否定原告诉讼请求的一种判决方式,见《若干解释》第56条的规定,有

四种情形可适用该种判决。

6. 确认判决：法院确认被诉具体行为合法或违法的一种判决形式。依此，确认判决可分为确认具体行政行为合法判决和确认具体行政行为违法判决，见《若干解释》第 57 条、第 58 条。

### 真题示例

1. (2006-2-42) 某乡人民政府对程某征收农民负担费用 500 元，县人民政府经复议将费用减为 400 元。程某不服遂向法院提起诉讼。法院经审理认为征收 400 元的费用违反了国家规定的不得超过上年度农民人均纯收入 5% 的标准。法院应如何处理此案？

- A. 变更县政府的决定，确定应交纳费用的具体标准
- B. 确认县政府的决定违法，责令乡政府重新作出决定
- C. 撤销县政府的决定，责令乡政府重新作出决定
- D. 撤销县政府的决定，责令县政府重新作出决定

答案：D。

解析：根据《行政诉讼法》第 54 条规定，被诉行为是行政征收，且该行为违法，当然不能作出变更判决。选项 A、B 错误。在本案中，法院经审查认为县政府的复议决定违法，而县政府的复议决定不存在《若干解释》第 50 条第 3 款、第 57 条第 2 款和第 58 条规定的情形，因此应当作出撤销判决。本案中，复议机关县政府改变了原行为机关乡政府的行为，被告应当是县政府，人民法院的判决自然针对的是县政府。因此选项 C 中的“责令乡政府”错误。根据《若干解释》第 53 条第 2 款规定，选项 D 正确。

2. (2003-2-78) 市城市规划局批准建设的居住小区整体结构设计违反了国家的有关法律规定，给原告甲村的利益造成严重损害，但是房屋及其配套设施等已经建成交付使用。撤销批准建设的具体行政行为将会给公共利益造成重大损失，人民法院应当如何处理？

- A. 判决确认被诉具体行政行为违法
- B. 判决被告对原告承担赔偿责任
- C. 责令被诉行政机关采取相应的补救措施
- D. 维持被诉具体行政行为

答案：ABC。

解析：既然市城市规划局的批准行为是违法的，根据《行政诉讼法》第 54 条第 1 项规定，不能作出维持判决，因此 D 选项不应选。根据《若干解释》第 58 条规定被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任，故选 A、B、C 项。

3. (2002-2-74) 某房地产开发公司未经有关部门批准在河道边建造起价值 5 000 万的商品房。市防洪指挥部领导小组认为该片住宅违反了《防洪法》的有关规定，作出予以拆除的处罚决定并于第二天强行爆破拆除，但没有下达任何书面决定。房地产开发公司认为该处罚决定主体和程序均不合法，遂向法院提起行政诉讼。法院经审理查明具体行政行为确实违法。对此，下列哪些处理是错误的？

- A. 撤销该处罚决定，并判令被告赔偿原告损失
- B. 确认处罚决定违法，责令被告采取相应的补救措施
- C. 撤销该处罚决定，判令被告重新作出处罚决定
- D. 驳回原告诉讼请求

答案：ACD。

解析：根据《若干解释》第 57 条第 2 款规定，本案该具体行政行为经审查虽然是违法行为，但房地产开发公司 5000 万的商品房已经被强行爆破拆除，该违法行为已经没有可撤销的内容，因此法院只能依法确认该具体行政行为违法，并且，根据国家赔偿的基本原则，为最大限度保护相对人利益，对于违法行为造成的损失法院应责令被告及时采取相应的补救措施，可见 A、C 表述错误。根据《若干解释》第 56 条规定，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求情形中，本案不属于其中的任何一种情形，因此 D 表述也不正确。

### 重点法条

第五十五条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。





## 【关联法条】

### 《若干解释》

第五十四条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为，被告重新作出的具体行政行为与原具体行政行为的结果相同，但主要事实或者主要理由有改变的，不属于行政诉讼法第五十五条规定的情形。

人民法院以违反法定程序为由，判决撤销被诉具体行政行为的，行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。

行政机关以同一事实和理由重新作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为，人民法院应当根据行政诉讼法第五十四条第（二）项、第五十五条的规定判决撤销或者部分撤销，并根据行政诉讼法第六十五条第三款的规定处理。

第六十条 人民法院判决被告重新作出具体行政行为，如不及时重新作出具体行政行为，将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的，可以限定重新作出具体行政行为的期限。

人民法院判决被告履行法定职责，应当指定履行的期限，因情况特殊难于确定期限的除外。

## 法条精解

1. 第55条的禁止性规定，可以解读为：

- (1) 被告可以以同一事实理由作出与原具体行政行为不同的行为；
- (2) 被告可以以不同的事实、理由作出与原具体行政行为基本相同或相同的行为；
- (3) 被诉具体行政机关因违反法定程序而被撤销，行政机关重新作出具体行政行为的，不受此限制。

2. 行政机关违反该禁止性规定的后果：

- (1) 判决撤销或部分撤销重新作出的具体行政行为；
- (2) 按行政机关拒绝履行判决、裁定处理。

## 真题示例

1. (2006-2-46) 法院因主要证据不足判决撤销被诉具体行政行为并判令被告重新作出具体行政行为后，被告以同一事实与理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为，原告向法院提起诉讼的，法院下列哪种做法是正确的？

- A. 确认被告重新作出的具体行政行为违法
- B. 确认被告重新作出的具体行政行为无效
- C. 判决撤销该具体行政行为，并判令被告重新作出具体行政行为
- D. 判决撤销该具体行政行为，并向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议

答案：D。

解析：根据《若干解释》第54条第3款规定，本题选D。

2. (2004-2-43) 某化工企业生产国家明令淘汰的产品，某技术监督局依据《产品质量法》某条的规定作出罚款2000元的处罚决定。该企业不服，提起行政诉讼，法院经审查以技术监督局的处罚决定适用法律不当为由判决撤销了处罚决定。下列哪一说法是正确的？

- A. 技术监督局不得再对该企业作出行政处罚
- B. 技术监督局不得再对该企业作出罚款决定，但可以作出其他行政处罚
- C. 技术监督局可以依据原处罚决定适用的《产品质量法》条文规定作出与原来不同的处罚决定
- D. 技术监督局可以依据原处罚决定适用的《产品质量法》条文规定以外的相关条款作出与原来相同的处罚决定

答案：D。

解析：根据《行政诉讼法》第54条第2款、第55条和《若干解释》第54条第1款规定，本题选D。

## 重点法条

第五十七条 人民法院应当在立案之日起三个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理第一审案件需要延长的，由最高人民法院批准。



## 【关联法条】

### 《若干解释》

第四十八条 人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使具体行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以依法采取财产保全措施。

人民法院审理起诉行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等案件，可以根据原告的申请，依法书面裁定先予执行。

当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议。复议期间不停止裁定的执行。

第五十一条 在诉讼过程中，有下列情形之一的，中止诉讼：

- (一) 原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼的；
- (二) 原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- (三) 作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- (四) 一方当事人因不可抗力事由不能参加诉讼的；
- (五) 案件涉及法律适用问题，需要送请有权机关作出解释或者确认的；
- (六) 案件的审判须以相关民事、刑事或者其他行政案件的审理结果为依据，而相关案件尚未审结的；
- (七) 其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

第五十二条 在诉讼过程中，有下列情形之一的，终结诉讼：

- (一) 原告死亡，没有近亲属或者近亲属放弃诉讼权利的；
- (二) 作为原告的法人或者其他组织终止后，其权利义务的承受人放弃诉讼权利的。

因本解释第五十一条第一款第(一)、(二)、(三)项原因中止诉讼满90日仍无人继续诉讼的，裁定终结诉讼，但有特殊情况的除外。

第六十四条 行政诉讼法第五十七条、第六十条规定的审限，是指从立案之日起至裁判宣告之日止的期间。鉴定、处理管辖争议或者异议以及中止诉讼的时间不计算在内。

第八十二条 基层人民法院申请延长审理期限，应当直接报请高级人民法院批准，同时报中级人民法院备案。

### 《行赔规定》

第三十七条 单独受理的第一审行政赔偿案件的审理期限为三个月，第二审为两个月；一并受理行政赔偿请求案件的审理期限与该行政案件的审理期限相同。如因特殊情况不能按期结案，需要延长审限的，应按照行政诉讼法的有关规定报请批准。

## 法条精解

本条是对一审审限及延长审限情况下批准机关的规定，注意其与民事诉讼的不同。

1. 民事诉讼中有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，还需要延长的报请上级人民法院批准；
2. 行政诉讼中一审审限有特殊情况需要延长的，应由基层人民法院报请高级人民法院批准，并且要报中级人民法院备案。中级人民法院需要延长一审审限的，应当向高级人民法院申请。

## 重点法条

第五十八条 当事人不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。

## 【关联法条】

### 《若干解释》

第六十五条 第一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均提起上诉的，上诉各方均为上诉人。

诉讼当事人中的一部分人提出上诉，没有提出上诉的对方当事人为被上诉人，其他当事人依原审诉讼地位列明。

第六十六条 当事人提出上诉，应当按照其他当事人或者诉讼代表人的人数提出上诉状副本。

原审人民法院收到上诉状，应当在五日内将上诉状副本送达其他当事人，对方当事人应当在收到上诉



状副本之日起十日内提出答辩状。

原审人民法院应当在收到答辩状之日起五日内将副本送达当事人。

原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在五日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。已经预收诉讼费用的，一并报送。

## 重点法条

第六十条 人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起两个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理上诉案件需要延长的，由最高人民法院批准。

## 法条精解

二审的审理期限是两个月，自二审法院收到上诉状之日起算。

同基层人民法院一样，中级人民法院需要延长二审审限的，也应当向高级人民法院申请，由高级人民法院决定是否批准。

高级人民法院需要延长审限的，向最高人民法院申请，由最高人民法院决定是否批准。

## 重点法条

第六十一条 人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决驳回上诉，维持原判；

（二）原判决认定事实清楚，但适用法律、法规错误的，依法改判；

（三）原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

### 【关联法条】

### 《若干解释》

第六十七条 第二审人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查。

当事人对原审人民法院认定的事实有争议的，或者第二审人民法院认为原审人民法院认定事实不清楚的，第二审人民法院应当开庭审理。

第六十八条 第二审人民法院经审理认为原审人民法院不予受理或者驳回起诉的裁定确有错误，且起诉符合法定条件的，应当裁定撤销原审人民法院的裁定，指令原审人民法院依法立案受理或者继续审理。

第六十九条 第二审人民法院裁定发回原审人民法院重新审理的行政案件，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。

第七十条 第二审人民法院审理上诉案件，需要改变原审判决的，应当同时对被诉具体行政行为作出判决。

第七十一条 原审判决遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的，第二审人民法院应当裁定撤销原审判决，发回重审。

原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审人民法院经审查认为依法不应当予以赔偿的，应当判决驳回行政赔偿请求。

原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的，在确认被诉具体行政行为违法的同时，可以就行政赔偿问题进行调解；调解不成的，应当就行政赔偿部分发回重审。

当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的，第二审人民法院可以进行调解；调解不成的，应当告知当事人另行起诉。

## 法条精解

二审审判的注意事项：

1. 全面审查原则，对于认定事实有问题的案件应当开庭审理。

2. 掌握本法第 61 条规定的二审判决的三种类型。重点掌握《若干解释》第 71 条对几种原审漏判的处理：

（1）遗漏了必须参加诉讼的当事人，裁定撤销原判，发回重审。



(2) 遗漏诉讼请求的, 裁定撤销原判, 发回重审。

(3) 遗漏行政赔偿请求的, 又分: 二审法院认为不应赔偿的, 驳回赔偿请求; 认为应予赔偿的, 确认被诉具体行政行为违法的同时, 调解行政赔偿问题; 调解不成, 就行政赔偿部分发回重审。

(4) 当事人在一审中未提出行政赔偿请求而于二审期间提出的, 二审法院可调解; 调解不成, 告知当事人另行起诉。

3. 二审改判的, 还应当同时对被诉具体行政行为作出判决。

### 真题示例

1. (2002-2-70) 人民法院审理上诉行政案件, 在哪些情况下必须作出发回重审裁定?

A. 原审判决遗漏被告的

B. 原审判决遗漏必须参加诉讼的第三人的

C. 原审判决遗漏诉讼请求的

D. 原审不予受理裁定确有错误的

答案: ABC。

解析: 根据《若干解释》第 71 条第 1 款的规定, 被告和第三人均属于诉讼当事人, 因此 A、B、C 正确。根据《行政诉讼法解释》第 68 条规定, D 项中的原审不予受理裁定确有错误的, 并不发回重审, D 项不应入选。

2. (2007-2-93) 某公司提起行政诉讼, 要求撤销区教育局作出的《关于不同意申办花蕾幼儿园的批复》, 并要求法院判令该局在 20 日内向花蕾幼儿园颁发独立的《办学许可证》。一审法院经审理后作出确认区教育局批复违法的判决, 但未就颁发《办学许可证》的诉讼请求作出判决。该公司不服一审判决, 提起上诉。下列说法正确的是:

A. 二审法院应当裁定撤销一审判决

B. 二审法院应当维持一审判决

C. 二审法院可以裁定发回一审法院重审

D. 二审法院应当裁定发回一审法院重审, 一审法院应当另行组成合议庭进行审理

答案: AD。

解析: 根据《若干解释》第 71 条规定, A 是正确的, B、C 是错误的。根据《若干解释》第 69 条规定, 第二审人民法院裁定发回原审人民法院重新审理的行政案件, 原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。由此, D 是正确的。本题正确答案是 AD。

3. (2004-2-97) 某县公安局以郭某因邻里纠纷殴打并致邱某轻微伤为由, 对郭某作出拘留 10 天的处罚。郭某向法院提起诉讼。某县公安局向法院提交了处罚的主要证据, 华某和邱某舅舅叶某二人的证言及该县中心医院出具的邱某的伤情证明。下列说法正确的是:

A. 华某的证言的证明效力优于叶某的证言

B. 某县公安局申请华某出庭作证, 应当在开庭前提出

C. 若华、叶二人的证言相互矛盾, 法庭应判决撤销某县公安局的处罚决定

D. 若一审法院未通知邱某参加诉讼, 二审法院应将案件发回重审

答案: ACD。

解析: 根据《证据规定》第 63 条规定, A 对。根据《证据规定》第 43 条规定, B 错。主要证据不足意味着行政机关在查清案件基本情况或在没有充分证据证明的情况下就作出具体行政行为, 具体行政行为缺乏事实基础, 人民法院有权予以撤销, C 对。根据《若干解释》第 71 条第 1 款规定, D 对。

4. (2003-2-97) 公安局对甲作出治安拘留 10 天处罚决定后随即执行。甲申请复议, 上级公安局作出维持原处罚的复议决定。甲向法院提起诉讼, 第一审法院判决维持拘留决定, 甲在上诉中又提出行政赔偿请求。第二审人民法院经审理, 认定公安局对甲的拘留违法, 应如何处理此案?

A. 撤销第一审判决, 并撤销拘留决定, 判令公安局赔偿甲的损失

B. 撤销第一审判决, 并确认拘留决定违法, 就赔偿问题进行调整, 调解不成应将全案发回重审

C. 撤销第一审判决, 并确认拘留决定违法, 就赔偿问题进行调整, 调解不成应将行政赔偿部分发回重审

D. 撤销第一审判决, 并撤销拘留决定, 并就赔偿问题进行调整, 调解不成的, 告知甲就赔偿问题另行起诉

答案: D。





**解析：**根据《若干解释》第70条规定，在本案中，由于公安局对甲的拘留违法，而一审判决维持拘留决定，所以应当撤销一审判决。根据《若干解释》第71条第4款规定，当事人在二审期间提出行政赔偿请求的，二审人民法院可以进行调解；调解不成的，应当告知当事人另行起诉。故选D。

**重点法条**

**第六十二条** 当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院提出申诉，但判决、裁定不停止执行。

**第六十三条** 人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定认为需要再审的，应当提交审判委员会决定是否再审。

上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

**【关联法条】**

**《若干解释》**

**第七十二条** 有下列情形之一的，属于行政诉讼法第六十三条规定的“违反法律、法规规定”：

- （一）原判决、裁定认定的事实主要证据不足；
- （二）原判决、裁定适用法律、法规确有错误；
- （三）违反法定程序，可能影响案件正确裁判；
- （四）其他违反法律、法规的情形。

**第七十三条** 当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出。

当事人对已经发生法律效力的行政赔偿调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律规定的，可以在二年内申请再审。

**第七十四条** 人民法院接到当事人的再审申请后，经审查，符合再审条件的，应当立案并及时通知各方当事人；不符合再审条件的，予以驳回。

**第七十六条** 人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力判决、裁定是由第一审人民法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力判决、裁定是由第二审人民法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定；上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

**第七十七条** 按照审判监督程序决定再审的案件，应当裁定中止原判决的执行；裁定由院长署名，加盖人民法院印章。

上级人民法院决定提审或者指令下级人民法院再审的，应当作出裁定，裁定应当写明中止原判决的执行；情况紧急的，可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的人民法院或者作出生效判决、裁定的人民法院，但应当在口头通知后十日内发出裁定书。

**第七十八条** 人民法院审理再审案件，认为原生效判决、裁定确有错误，在撤销原生效判决或者裁定的同时，可以对生效判决、裁定的内容作出相应裁判，也可以裁定撤销生效判决或者裁定，发回作出生效判决、裁定的人民法院重新审判。

**第七十九条** 人民法院审理二审案件和再审案件，对原审法院受理、不予受理或者驳回起诉错误的，应当分别情况作如下处理：

- （一）第一审人民法院作出实体判决后，第二审人民法院认为不应当受理的，在撤销第一审人民法院判决的同时，可以发回重审，也可以径行驳回起诉；
- （二）第二审人民法院维持第一审人民法院不予受理裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，指令第一审人民法院受理；
- （三）第二审人民法院维持第一审人民法院驳回起诉裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，指令第一审人民法院审理。

**第八十条** 人民法院审理再审案件，发现生效裁判有下列情形之一的，应当裁定发回作出生效判决、裁定的人民法院重新审理：

- （一）审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的；
- （二）依法应当开庭审理而未经开庭即作出判决的；



- (三) 未经合法传唤当事人而缺席判决的；
- (四) 遗漏必须参加诉讼的当事人的；
- (五) 对与本案有关的诉讼请求未予裁判的；
- (六) 其他违反法定程序可能影响案件正确裁判的。

第八十一条 再审案件按照第一审程序审理的，适用行政诉讼法第五十七条规定的审理期限。

再审案件按照第二审程序审理的，适用行政诉讼法第六十条规定的审理期限。

## 重点法条

第六十四条 人民检察院对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定的，有权按照审判监督程序提出抗诉。

第六十五条 当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的，行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行，或者依法强制执行。

行政机关拒绝履行判决、裁定的，第一审人民法院可以采取以下措施：

- (一) 对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金，通知银行从该行政机关的账户内划拨；
- (二) 在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关按日处五十元至一百元的罚款；
- (三) 向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院；

(四) 拒不执行判决、裁定，情节严重构成犯罪的，依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。

第六十六条 公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的，行政机关可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

### 【关联法条】

#### 《若干解释》

第七十五条 对人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件，人民法院应当再审。

人民法院开庭审理抗诉案件时，应当通知人民检察院派员出庭。

第八十三条 对发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书，负有义务的一方当事人拒绝履行的，对方当事人可以依法申请人民法院强制执行。

第八十四条 申请人是公民的，申请执行生效的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书的期限为一年，申请人是行政机关、法人或者其他组织的为一百八十日。

申请执行的期限从法律文书规定的履行期间最后一日起计算；法律文书中没有规定履行期限的，从该法律文书送达当事人之日起计算。

逾期申请的，除有正当理由外，人民法院不予受理。

第八十五条 发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书，由第一审人民法院执行。

第一审人民法院认为情况特殊需要由第二审人民法院执行的，可以报请第二审人民法院执行；第二审人民法院可以决定由其执行，也可以决定由第一审人民法院执行。

第八十六条 行政机关根据行政诉讼法第六十六条的规定申请执行其具体行政行为，应当具备以下条件：

- (一) 具体行政行为依法可以由人民法院执行；
- (二) 具体行政行为已经生效并具有可执行内容；
- (三) 申请人是作出该具体行政行为的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织；
- (四) 被申请人是该具体行政行为所确定的义务人；
- (五) 被申请人在具体行政行为确定的期限内或者行政机关另行指定的期限内未履行义务；
- (六) 申请人在法定期限内提出申请；
- (七) 被申请执行的行政案件属于受理请执行的人民法院管辖。

人民法院对符合条件的申请，应当立案受理，并通知申请人；对不符合条件的申请，应当裁定不予受理。

第八十七条 法律、法规没有赋予行政机关强制执行权，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院应当依法受理。





法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院可以依法受理。

第八十八条 行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，应当自被执行人的法定起诉期限届满之日起一百八十日内提出。逾期申请的，除有正当理由外，人民法院不予受理。

第八十九条 行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，由申请人所在地的基层人民法院受理；执行对象为不动产的，由不动产所在地的基层人民法院受理。

基层人民法院认为执行确有困难的，可以报请上级人民法院执行；上级人民法院可以决定由其执行，也可以决定由下级人民法院执行。

第九十条 行政机关根据法律的授权对平等主体之间民事争议作出裁决后，当事人在法定期限内不起诉又不履行，作出裁决的行政机关在申请执行的期限内未申请人民法院强制执行的，生效具体行政行为确定的权利人或者其继承人、权利承受人在九十日内可以申请人民法院强制执行。

享有权利的公民、法人或者其他组织申请人民法院强制执行具体行政行为，参照行政机关申请人民法院强制执行具体行政行为的规定。

第九十三条 人民法院受理行政机关申请执行其具体行政行为的案件后，应当在三十日内由行政审判组成合议庭对具体行政行为的合法性进行审查，并就是否准予强制执行作出裁定；需要采取强制执行措施的，由本院负责强制执行非诉行政行为的机构执行。

第九十四条 在诉讼过程中，被告或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行被诉具体行政行为，人民法院不予执行，但不及时执行可能给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成不可弥补的损失，人民法院可以先予执行。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。

第九十六条 行政机关拒绝履行人民法院生效判决、裁定的，人民法院可以依照行政诉讼法第六十五条第三款的规定处理，并可以参照民事诉讼法第一百零二条的有关规定，对主要负责人或者直接责任人员予以罚款处罚。

### 法条精解

以上规定了行政诉讼的执行程序和非诉执行程序。应予掌握：

1. 行政诉讼强制执行法律文书种类（《若干解释》第83条）。
2. 申请执行的期限规定，分为行政诉论文书、具体行政行为、行政裁决书（《若干解释》第84条、第88条、第90条）三种。
3. 执行管辖（《若干解释》第85条、第87条、第89条）。
4. 《若干解释》第90条确定的权利人的强制执行申请权。注意其行使条件，生效具体行政行为确定的权利人或者其继承人、权利承受人在90日内可以申请人民法院强制执行。

### 真题示例

1. （2008-2-47）某市建设委员会以某公司的房屋占压输油、输气管道线为由，作出限期拆除决定，要求某公司自收到决定之日起10日内自行拆除。但某公司逾期未拆除，亦未在法定期限内提起诉讼，某市建设委员会申请法院强制执行。下列哪一选项是正确的？

- A. 若法律、法规赋予某市建设委员会有自行强制执行权，法院即应不受理其申请
- B. 某市建设委员会应当向其所在地的法院申请强制执行
- C. 接受申请的法院应当在受理申请之日起30日内作出是否准予强制执行的裁定
- D. 若在某市建设委员会申请强制执行前，某公司已对限期拆除决定提起诉讼，法院无权在诉讼期间执行拆除决定

答案：C。

解析：根据《若干解释》第87条规定，如果法律、法规赋予某市建设委员会有自行强制执行权，法院也可以受理其申请。故A项错误，不当选。根据《若干解释》第89条对于具体执行法院的规定，本题中的执行对象是某公司的房屋，是不动产，所以不是向某市建设委员会所在地法院申请强制执行，而是向某公司房屋所在地法院申请。故B项错误，不当选。根据《若干解释》第93条规定，C项正确，当选。根据《若干解释》第94条规定，即使某公司在某市建设委员会申请强制执行前已经对限期拆除决定提起诉讼，法院如果审查发现不及时执行可能给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成不可弥补的损失，可以

先予执行。故 D 项错误，不当选。

2. (2007-2-41) 某建筑公司雇工修建某镇农贸市场，但长期拖欠工资。县劳动局作出《处理决定书》，要求该公司支付工资，并加付应付工资 50% 的赔偿金。该公司在法定期限内既未履行处理决定，也未申请行政复议和提起诉讼。下列哪一选项是正确的？

A. 县劳动局申请法院强制执行，应当自该公司的法定起诉期限届满之日起 90 日内提出

B. 县劳动局申请法院强制执行，由该县法院受理

C. 县劳动局申请执行应当提交的全部材料包括申请执行书、据以执行的行政法律文书、证明该具体行政行为合法的材料

D. 法院受理申请执行案件后，应当在 30 日内由执行庭对行政处理决定的合法性进行审查

**答案：B。**

**解析：**根据《若干解释》第 88 条规定，A 选项是错误的。根据《若干解释》第 89 条规定，B 是正确的。根据《若干解释》第 91 条规定，C 项的信息不完整，所以不能选。根据《若干解释》第 93 条规定，D 是错误的。本题正确答案是 B。

3. (2005-2-83) 某市建筑材料厂超标排放污水违反了《水污染防治法》，该市环境保护局对其处以 2 万元的罚款。在规定期间内该厂既不交纳罚款也未向法院提起诉讼，该市环境保护局向法院申请强制执行。下列哪些说法是正确的？

A. 市环境保护局应当自罚款决定生效之日起 90 日向法院提起执行申请

B. 市环境保护局如有理由认为某市建筑材料厂逃避执行的，可以在提出执行申请之前要求法院采取财产保全措施

C. 市环境保护局应当向法院提供某市建筑材料厂财产状况的材料

D. 人民法院在强制执行此罚款决定前，应当对罚款决定是否合法进行审查

**答案：BCD。**

**解析：**根据《若干解释》第 88 条规定，选项 A 中的申请执行期限的起算点（罚款决定生效之日）和长度（90 日）都是错误的。根据《若干解释》第 91 条、第 92 条和第 93 条的规定，选项 B、C、D 正确。

4. (2003-2-73) 甲乙两村因某一土地所有权发生争议，县人民政府将该土地确定为甲村所有，乙村在法定期限内没有向法院起诉，但仍继续占有并使用该片土地。下列说法哪些是正确的？

A. 甲村无权向人民法院申请强制执行

B. 县政府可以向人民法院申请强制执行

C. 甲村可以要求县政府履行法定职责

D. 甲村可以对乙村提起民事诉讼

**答案：BCD。**

**解析：**根据《若干解释》第 90 条和《行政复议法》第 8 条规定，此处的“诉讼”是指民事诉讼，而不得提起行政诉讼或申请行政复议。故 A 错误，B、C 项正确。





# 第八章 民法



## 导 论

民法在我国法律体系中属于基本法，在司法考试中占有较大的比重，有“得民法者得天下”的说法。因此，民法部分能够取得一个较好的成绩，是顺利通过司法考试的关键。分析历年的司法考试真题，我们可以得知：民事法学在2005—2009年的司法考试中共考了460多分，年均90多分，其分值几乎占了整个考试的六分之一，比任何其他部门法占的比重都大。并且我们认为：民法在国家市场经济和法律体系中的重要地位决定了，在未来的司法考试中，民法的分值比重仍将保持在这一水平。

民法在结构上包括《民法通则》、《物权法》、《担保法》、《合同法》、《侵权责任法》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《专利法》、《著作权法》、《商标法》等单行法及相关司法解释，各单行法在司法考试中的分值并非平均分配，总体的分布态势为：《民法通则》、《物权法》和《合同法》占的分值比重最大，《侵权责任法》和《婚姻法》次之，《继承法》和《专利法》、《著作权法》、《商标法》次之。这样的比重分布也就决定了我们在复习民法时应抓住重点，有所侧重，不能“胡子眉毛一把抓”。

从宏观上看，司法考试中的民法考察有以下特点：

1. 注重考察考生对民法的实际运用能力。司法考试试题中无论是选择题还是案例分析大都是根据实际生活的实例提炼出来的就说明了这一点。

2. 各单行法复合考察，这是民法考察的一大特点和发展趋势。分析近几年的司法考试真题，我们可以了解：从仅有几行字的客观题到主观题，命题老师不再单单考察某部单行法的内容，而是将各单行法的考点完美结合，综合起来考察。

3. 民法部分的考题涉及面较为广泛，考点的分布也较为均匀。对于当年考试大纲中所列示的各个部分，在当年的考题中肯定会有所体现。即使是一些历年的考试中的重点问题，在同年的考试中一般也不会只针对某一知识点反复出题。

经过以上分析，我们认为，考生应重点掌握以下复习技巧：

1. 注重理论学习，达到融会贯通。对于民法部分的考前准备，仅仅掌握法律的规定还是远远不够的，还必须通过熟读制定教材，对民法的基本理论有一个全面、充分地掌握，在脑海中建构起民法理论的基本框架，以便于自己全面的掌握民法。

2. 既要全面，又要抓住重点。考生在复习的时候，对于民法的各个部分都应当注意到，力求对民法有个全面的掌握。但是“司考是一门放弃的艺术”，适当的放弃，才能使我们有足够的精力和时间去掌握重点部分。从民法本身各个部分的轻重以及现在的司法考试的内容来看，民法还是有一定的重点。首先，就民法的各个部分而言，像《合同法》分则、《婚姻法》、《家庭法》、《继承法》等考得较少，而《民法通则》、《物权法》、《合同法》总论则是永恒的重点。当然，这里就民法的各个部分讲的重点与非重点，只是相对而言，非重点的问题仅仅是考的几率相对小一些而已。考生应当将这种重要与否的划分仅仅作为自己复习的时间安排的参考。其次，从司法考试试题分析，我们可以看到，试题的答案基本上都是明确的、唯一的。因此，那些在法律界尚未形成通说的问题，应当不是考试的范围，考生对其不需花费太多的时间和精力。

3. 从真题中发现规律，从规律中掌握方法。虽然司法考试试题重复的概率很小，但是，历年真题反映了以往民法考试的重点和考察模式，同时也预示着未来民法理论的考察模式和重点所在。因此，我们认为，历年真题至少得做两遍，才能把握其中要义。正所谓：研习过去的真题，就是在做未来的真题。

4. 注重新法的复习。就民法而言，每年新增法律都是考试的重点，一般都会在当年的考试中有所体现，因此，考生一定要对当年和前年的新增法律予以重点关注。比如，去年的《诉讼时效司法解释》与《合同法解释二》。

# 《民法通则》

## 重点法条

第二条 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

## 法条精解

我国《民法通则》第2条从民法的调整对象和任务的角度，给我国民法下了一个定义：即我国民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。这一定义科学地揭示了我国民法调整的社会关系的范围和任务，从而对民法与其他法律部门的关系的界限作了明确的划分。

## 真题示例

(四川 2006-3-1) 下列哪种情形成立民事法律关系?

- A. 甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜
- B. 甲对乙说：如果你考上研究生，我就嫁给你
- C. 甲不知乙不胜酒力而极力劝酒，致乙酒精中毒住院治疗
- D. 甲应同事乙之邀前往某水库游泳，因抽筋溺水身亡

答案：C。

解析：民法调整的平等主体之间的财产关系和人身关系可总称为民事关系，民事关系是一种社会生活关系，但并非所有的社会生活关系都是民法调整的对象，只有民法规定的才受民法所调整，其他的社会生活关系受道德、习惯等的调整。其中C项因甲的劝酒而导致乙酒精中毒住院治疗所产生的侵权损害赔偿关系受民法所调整，故C项正确。A项虽然与合同相关，但只是商谈，并没有进入缔约阶段；BD项属于爱情、友情等领域，都不受民法所调整。

## 重点法条

第九条 公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。

### 【关联法条】

### 《民通意见》

1. 公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准；没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的，参照其他有关证明认定。

### 《继承法》

第二十八条 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

### 《继承法意见》

2. 相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。

45. 应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的应从继承人所继承的遗产中扣回。

为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。

### 《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》

第三条 自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：

- (一) 以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉；
- (二) 非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私；



(三) 非法利用、损害遗体、遗骨, 或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。

第七条 自然人因侵权行为致死, 或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害, 死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的, 列其配偶、父母和子女为原告; 没有配偶、父母和子女的, 可以由其他近亲属提起诉讼, 列其他近亲属为原告。

### 法条精解

1. 民事权利能力的概念: 民事权利能力是指法律赋予自然人得享有民事权利、承担民事义务的资格。

2. 公民民事权利能力的特征有:

(1) 普遍性与平等性。自然人都平等地拥有民事主体资格, 都平等地享有法律上所规定的民事权利能力。

(2) 不可转让性。民事权利能力是不可转让的, 当事人自愿转让、抛弃的, 法律不承认其效力。

3. 自然人民事权利能力的始终。公民从出生时起到死亡时止, 具有民事权利能力, 依法享有民事权利, 承担民事义务。出生的时间以户籍证明为准; 没有户籍证明的, 以医院出具的出生证明为准; 没有医院证明的, 参照其他有关证明认定。公民的民事权利能力终于死亡。民法上的死亡包括生理死亡和宣告死亡。公民一旦死亡, 则丧失民事权利能力, 不再是民事主体, 其生前的婚姻关系消灭, 其财产关系依继承法的规定转移, 人身权消灭。但作者死亡后, 其生前享有的著作权、人身权仍然受保护, 并且我国的人身权制度还保护死者的名誉。

### 真题示例

(2008-3-16) 甲于2007年2月死亡。乙因与甲生前素来不和, 遂到处散布甲系赌博欠下巨额高利贷无法偿还而自杀身亡, 在社会上造成了较恶劣的影响。甲之子欲向法院起诉, 要求追究乙的侵权责任。下列哪一选项是正确的?

A. 甲已经死亡, 不再具有民事主体资格, 因而乙的行为不构成侵权

B. 乙的行为侵害了甲的名誉, 依法应当承担侵权责任

C. 只有甲的配偶有权代表甲对乙提起诉讼

D. 只有甲的子女有权对乙提起诉讼

答案: B。

解析: 根据《民法通则》第9条和《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第3条规定, 乙毁损甲的名誉是侵权行为, 应承担侵权责任, 甲的近亲属有权提起侵权之诉。故A项错误, B项正确。根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第7条规定, 选项C、D说法错误。

### 重点法条

第十一条 十八周岁以上的公民是成年人, 具有完全民事行为能力, 可以独立进行民事活动, 是完全民事行为能力人。

十六周岁以上不满十八周岁的公民, 以自己的劳动收入为主要生活来源的, 视为完全民事行为能力人。

第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人, 可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动; 其他民事活动由他的法定代理人代理, 或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人, 由他的法定代理人代理民事活动。

第十三条 不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人, 由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人, 可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动; 其他民事活动由他的法定代理人代理, 或者征得他的法定代理人的同意。

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

#### 【关联法条】

#### 《民通意见》

2. 十六周岁以上不满十八周岁的公民, 能够以自己的劳动取得收入, 并能维持当地群众一般生活水平的, 可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。

3. 十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应, 可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为, 并预见相应的行为后果, 以及行为标的数额等方面认定。



4. 不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动,是否与其精神健康状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。

5. 精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力,不知其行为后果的,可以认定为不能辨认自己行为的人;对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不能预见其行为后果的,可以认定为不能完全辨认自己行为的人。

6. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬,他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由,主张以上行为无效。

7. 当事人是否患有精神病,人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下,也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定,但应以利害关系人没有异议为限。

8. 在诉讼中,当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病(包括痴呆症),人民法院认为确有必要认定的,应当按照民事诉讼法(试行)规定的特别程序,先作出当事人有无民事行为能力的判决。

确认精神病人(包括痴呆症人)为限制民事行为能力人的,应当比照民事诉讼法(试行)规定的特别程序进行审理。

### 《合同法》

第四十七条 限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

### 《继承法》

第二十二条 无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思,受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的,篡改的内容无效。

## 法条精解

1. 民事行为能力的概念。民事行为能力指民事主体通过自己的行为取得民事权利、承担民事义务的资格。它既包括进行合法行为从而取得民事权利义务的资格,而且包括进行违法行为而承担相应的民事责任的资格。民事行为能力的享有,以享有的民事权利能力为前提。但并非所有民事主体都有民事行为能力。

2. 自然人民事行为的分类。

(1) 完全民事行为能力。18周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。16周岁以上不满18周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。当然,这里还要求当事人精神健康、智力健全。

(2) 限制民事行为能力。10周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动。10周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;其他民事活动由他的法定代理人代理,或征得他的法定代理人同意。限制民事行为能力人进行的民事活动,是否与其精神健康状况相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。限制民事行为能力人的法定代理人由监护人担任。

(3) 无民事行为能力。不满10周岁的未成年人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。无民事行为能力人的法定代理人由其监护人担任。

3. 精神病人的无民事行为能力或限制民事行为能力的宣告。精神病人的利害关系人,可以向人民法院申请宣告精神病人无民事行为能力或限制民事行为能力。被人民法院宣告为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的,根据其健康恢复的状况,经本人或利害关系人申请,人民法院可以宣告他为限制民





民事行为能力或完全民事行为能力人。

4. 例外性的规定。无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为，应当认定无效。

## 重点法条

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

(一) 祖父母、外祖父母；

(二) 兄、姐；

(三) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第十七条第一款 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

(一) 配偶；

(二) 父母；

(三) 成年子女；

(四) 其他近亲属；

(五) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

#### 《民通意见》

12. 民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

## 法条精解

1. 监护的概念：对无民事行为能力人和限制民事行为能力人加以监督和保护的民事法律制度。

2. 监护制度的功能在于：

(1) 保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法民事权益。

(2) 弥补无民事行为能力人和限制民事行为能力人在民事行为能力方面的缺陷。

(3) 监督无民事行为能力人和限制民事行为能力人实施正常的民事活动。

3. 监护人的设定和职责。根据无民事行为能力人和限制民事行为能力人的具体情形，可分别依法为其设定法定监护人和指定监护人。

(1) 法定监护人，是指根据法律的直接规定而为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设定的监护人。《民法通则》中规定：未成年人的法定监护人依次为父母、祖父母、外祖父母、兄姐以及经未成年人父母所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的关系密切的其他亲属、朋友；无民事行为能力和限制民事行为能力的精神病人的法定监护人，依次为配偶、父母、成年子女、其他近亲属以及经精神病人所在单位或者其住所地的居民委员会、村民委员会同意的关系密切的其他亲属、朋友。

(2) 指定监护人，是指当无民事行为能力人和限制民事行为能力人的法定监护人对由谁担任监护人发生争议，则由有关社会组织为无民事行为能力人和限制民事行为能力人在法定监护人中指定某人担任监护人。《民法通则》规定：对担任监护人有争议的，由未成年人父母所在单位，精神病人所在单位或者未成年人、精神病人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定；对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。



## 重点法条

第十八条 监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

10. 监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。

20. 监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益，民法通则第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉，要求监护人承担民事责任的，按照普通程序审理；要求变更监护关系的，按照特别程序审理；既要求承担民事责任，又要求变更监护关系的，分别审理。

22. 监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应当由监护人承担，但另有约定的除外；被委托人确有过错的，负连带责任。

## 法条精解

1. 监护人的职责。保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，（除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产），代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与其他人发生争执时代理其进行诉讼。

2. 不履行监护职责的后果。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，给被监护人造成财产损失的，应当承担赔偿责任。

## 重点法条

第二十条 公民下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

第二十一条 失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付。

第二十二条 被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的失踪宣告。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

24. 申请宣告失踪的利害关系人，包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。

26. 下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在台湾或者在国外，无法正常通讯联系的，不得以下落不明宣告死亡。

28. 民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间，从公民音讯消失之次日起算。

宣告失踪的案件，由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的，由最后居住地基层人民法院管辖。

30. 人民法院指定失踪人的财产代管人，应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有民法通则第二十一条规定的代管人，或者他们无能力作代管人，或者不宜作代管人的，人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。

无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的，其监护人即为财产代管人。

32. 失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院



应当将代管人列为被告。

失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的，可以作为原告提起诉讼。

33. 债务人下落不明，但未被宣告失踪，债权人起诉要求清偿债务的，人民法院可以在公告传唤后缺席判决或者按中止诉讼处理。

34. 人民法院审理宣告失踪的案件，比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行。

人民法院审理宣告失踪的案件，应当查清被申请宣告失踪人的财产，指定临时管理人或者采取诉讼保全措施，发出寻找失踪人的公告，公告期间为半年。公告期间届满，人民法院根据被宣告失踪人失踪的事实是否得到确认，作出宣告失踪的判决或者终结审理的裁定。如果判决宣告为失踪人，应当同时指定失踪人的财产代管人。

35. 失踪人的财产代管人以无力履行代管职责，申请变更代管人的，人民法院比照特别程序进行审理。

失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的，失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。如果同时申请人民法院变更财产代管人的，变更之诉比照特别程序单独审理。

## 法条精解

### 1. 宣告失踪的概念

公民下落不明满2年的，经利害关系人申请，人民法院宣告其失踪并对其财产实行代管的制度。

### 2. 宣告失踪的条件

(1) 须有失踪的事实。失踪是指自然人离开住所，音讯渺无，下落不明，生死不明。

(2) 须失踪达到法定期间。《民法通则》第20条第1款规定：公民下落不明满两年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。自然人因一般原因失踪的，其失踪时间应从音讯消失之次日起算；战争期间失踪的，其失踪时间应从战争结束之日起算。

(3) 须利害关系人向人民法院提出宣告失踪的申请。利害关系人是指与失踪人存在法律上的权利义务关系的人，包括失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母以及其他与失踪人有民事权利义务关系的人，如债权人、债务人等。自然人失踪以后，利害关系人可以申请宣告其失踪，也可以不申请宣告其失踪。如无利害关系人申请，人民法院不得主动宣告失踪。

(4) 须人民法院根据法定程序进行失踪宣告。人民法院审理宣告失踪的案件，应按照我国《民事诉讼法》规定的特别程序进行。人民法院收到宣告失踪的申请后，应查清被申请宣告失踪的自然人的财产，指定临时管理人或采取诉讼保全措施，发出寻找失踪人的公告，公告期为半年。公告期满后，人民法院应根据被申请宣告失踪的自然人失踪的事实，作出宣告失踪的判决。

### 3. 宣告失踪的法律后果

#### (1) 财产代管人的指定

失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。无民事行为能力、限制民事行为能力人失踪的，其监护人即为财产代管人。

#### (2) 财产代管人的职责

失踪人所欠的税款、债务、赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要费用，由代管人从失踪人的财产中支付。涉及失踪人的法律关系，在诉讼中，代管人作为原告和被告。失踪人的财产代管人不履行代管职责或侵犯失踪人的财产权益的，失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。

### 4. 失踪宣告的撤销

被宣告失踪的人重新出现或确知他的下落，经本人或利害关系人的申请，人民法院应撤销对他的失踪宣告。

## 真题示例

(2002-3-85) 王锋与刘青结婚四年后，已生一子王达。1994年7月5日，王锋出海打渔遇台风未归，生死不明。若干年后，其妻刘青向法院申请宣告王锋死亡，法院依法作出宣告死亡判决。经查，王锋结婚后与父母分开生活（其父于1996年10月3日死亡）。王锋因与刘青感情不和且离婚未果而与刘青分居，分居期间王锋盖有楼房6间。王锋遇台风后被人相救，因不想再见刘青而未与家庭联系，独自到南方菜市打



工。1997年王锋与打工妹陈莹相识并相好，并在该市教堂举行了婚礼，生有一女王莉。陈莹为王锋介绍了一收入颇丰的工作。1998年5月5日王锋因摸彩票中奖，获奖金30万元。1998年6月6日王锋与陈莹各出10万元购买了张明的3间私房，但未办登记过户手续。1999年4月8日，王锋因心脏病发作死亡，临终前告诉了陈莹自己的身世，并口头遗嘱将自己原有的6间房屋由其母谢兰继承（有2名医生在场）。刘青向法院申请宣告王锋死亡，法院应予受理的最早申请日期是哪一天？

A. 1998年7月5日

B. 1998年7月6日

C. 1996年7月5日

D. 1996年7月6日

答案：C。

解析：根据《民法通则》第23条的规定，因意外事故下落不明，宣告死亡的时间是从事故发生之日起满2年。意外事件下落不明的时间的起算点为事故发生之日，而不是事故发生的次日。本题中，事故发生之日为1994年7月5日。在此基础上加2年，最早申请日期为1996年7月5日。

## 重点法条

第二十三条 公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡：

（一）下落不明满四年的；

（二）因意外事故下落不明，从事故发生之日起满二年的。

战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

第二十四条 被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。

有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。

第二十五条 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

25. 申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：

（一）配偶；

（二）父母、子女；

（三）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；

（四）其他有民事权利义务关系的人。

申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。

27. 战争期间下落不明的，申请宣告死亡的期间适用民法通则第二十三条第一款第一项的规定。

29. 宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。公民下落不明，符合申请宣告死亡的条件，利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪的，应当宣告失踪；同一顺序的利害关系人，有的申请宣告死亡，有的不同意宣告死亡，则应当宣告死亡。

36. 被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外，还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。

被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。

37. 被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销，如果其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。

38. 被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养，被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后，仅以未经本人同意而主张收养关系无效的，一般不应准许，但收养人和被收养人同意的除外。

39. 利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应返还原物及孳息外，还应对其造成的损失予以赔偿。

40. 被撤销死亡宣告的人请求返还财产，其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织，应当返还原物或者给予适当补偿。





1. 宣告死亡的概念：人民法院依照法律规定的条件和程序，宣告下落不明的公民死亡的一种法律制度。

2. 宣告死亡的条件。

(1) 须有失踪的事实。失踪是指自然人离开住所，音讯渺无，下落不明，生死不明。

(2) 须失踪达到法定期间。公民下落不明满4年，或因意外事故下落不明，从事故发生之日起2年，或因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存。

(3) 利害关系人的申请。申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：配偶；父母、子女；兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；其他有民事权利义务关系的人。

(4) 须人民法院根据法定程序进行失踪宣告。人民法院审理宣告失踪的案件，应按照我国《民事诉讼法》规定的特别程序进行。

3. 宣告死亡的法律后果。

被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期，发生死亡的法律后果，即丧失民事权利能力，遗产依法继承，婚姻关系消灭。

4. 死亡宣告的撤销。

(1) 被宣告死亡的人重新出现或确知他没有死亡，经本人或利害关系人申请，人民法院应撤销对他的死亡宣告。利害关系人申请的撤销死亡宣告不受顺序限制。

(2) 有民事行为能力的人在宣告死亡期间所实施的民事法律行为有效。

被宣告死亡的和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但与自然死亡前实施的民事法律行为相抵触，则以其实施的民事法律行为为准。

(3) 财产的返还。

被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产，依照继承法取得他的财产的公民或组织，应返还原物，原物不存在的，给予适当补偿。但如其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应返还原物及孳息外，还应对造成的损失予以赔偿。

(4) 有关人身关系。

死亡宣告被人民法院撤销，如其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或再婚后配偶又死亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。被宣告死亡的人在宣告死亡期间，其子女被他人依法收养，被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后，仅以未经本人同意而主张收养关系无效的，一般不应准许，但收养人和被收养人同意的除外。

## 真题示例

1. (2006-3-2) 甲被法院宣告死亡，甲父乙、甲妻丙、甲子丁分割了其遗产。后乙病故，丁代位继承了乙的部分遗产。丙与戊再婚后因车祸遇难，丁、戊又分割了丙的遗产。现甲重新出现，法院撤销死亡宣告。下列哪种说法是正确的？

- A. 丁应将其从甲、乙、丙处继承的全部财产返还给甲
- B. 丁只应将其从甲、乙处继承的全部财产返还给甲
- C. 戊从丙处继承的全部财产都应返还给甲
- D. 丁、戊应将从丙处继承的而丙从甲处继承的财产返还给甲

答案：D。

解析：根据《民法通则》第25条规定，被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。因此本题中，丁继承的甲的财产应当返还，丁、戊从丙处继承的财产因为是丙从甲处继承的，所以返还给甲。另外，丁从乙处代位继承取得的财产，由于代位继承实际上是继承了甲应当继承的份额，所以在甲被撤销死亡宣告后应返还给甲，故A、B、C项错误，D项正确。

2. (2009-3-51) 关于宣告死亡，下列哪些选项是正确的？

- A. 宣告死亡的申请人有顺序先后的限制
- B. 有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事行为有效
- C. 被宣告死亡的人与其配偶的婚姻关系因死亡宣告的撤销而自行恢复



D. 被撤销死亡宣告的人有权请求依《继承法》取得其财产者返还原物或给予适当补偿

答案：AD。

解析：本题考查宣告死亡的相关知识点。

根据《民通意见》第25条的规定，宣告死亡的申请人有顺序先后的限制，即顺序在前的申请人之申请权有排他效力，对于宣告死亡的申请人顺位，主要是为了优先保护配偶、父母和子女的身份利益、伦理利益和情感利益。因此，A项说法正确。由《民法通则》第24条第2款可知，应该是在被宣告死亡期间实施的“民事法律行为”而非“民事行为”，“民事法律行为”指的是合法的民事行为，而不包括违法的民事行为，也就是说不是实施的所有的民事行为都有效，而是实施的合法的民事行为才有效。因此，B项说法错误。根据《民通意见》第37条规定，C项说法错误。根据《民法通则》第25条规定，因此，D项正确。

## 重点法条

第二十六条 公民在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以起字号。

第二十九条 个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

41. 起字号的工商户，在民事诉讼中，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书注明系某字号的户主。

42. 以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应以家庭共有财产清偿。

43. 在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿。

44. 个体工商户、农村承包经营户的债务，如以其家庭共有财产承担责任时，应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。

## 法条精解

### 1. 个体工商户的概念

公民在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以起字号，并享有对字号的名称权。个体工商户在民事诉讼中，以业主为诉讼当事人。起字号的个体工商户，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书中注明系某字号的户主。

### 2. 个体工商户的法律特征

（1）个体工商户是自然人作为民事主体的特殊形式，属于非法人团体中的一种。它在工商业生产经营中具有取得民事权利并承担民事义务的权利主体资格。

（2）个体工商户必须依法核准登记。这就是说，从事个体工商业必须符合国家法律规定的条件，经国家工商行政管理机关核准登记，在核准的经营范围内从事活动，不得违法无照经营。因此，只有获得个体经营的营业执照，才能取得个体工商户的资格。

（3）个体工商户是以血缘为基础而形成的经营单位。个体工商户可以是一个家庭，也可以仅仅是家庭中的一个自然人。它以经过登记的“户”的名义对外从事经营活动，享有权利，承担义务。《民法通则》第26条规定，个体工商户可以起字号。字号即个体工商户的商号，作为非法人团体的名称，它是经营者的外部标记。个体工商户能以字号的名义与他人形成民事法律关系。起字号的个体工商户，在民事诉讼中，应以营业执照登记的户主即业主为诉讼当事人。

（4）个体工商户的本质法律关系是家庭成员间的个人合伙。个体工商户不具有法人资格，不但规模较小，而且关键是其经营资产与经营者个人或家庭的消费资金都难以截然分开。经营者与所有者不分，在民事活动中事实上是以家庭成员的个人的财产来共同承担法律责任的，家庭成员间实际上要负无限连带责任。故可见个体工商户的经营资本直接来源于个人财产或家庭共有财产。它是个人占有生产资料。所以个体工商户其实就是家庭成员间的合伙。

（5）个体工商户具有独立的法律地位。在我国，个体工商户这种民事主体既不同于法人，也和自然人



有区别。所以在《民法通则》中虽然将其置于“公民”一章中，但却单独作为一节予以规定，实际上它是被视为了一类特殊的自然人参与民事活动的主体。

### 3. 个体工商户的民事责任问题

个人经营的，个人承担责任；家庭经营的，家庭承担责任，简单地讲，就是风险与收益相一致。《民法通则》第29条规定，个体工商户的债务，“个人经营的，以个人财产承担”。作为独资经营者的个体工商户是以经营者个人的全部财产，而不是以其仅享有应有份的全部家庭共有财产来对经营债务承担责任的。如果其个人财产尚未从家庭共有财产中分离出来，只能分割出归属于独资经营者个人那一部分财产，以其来满足债权人的请求。总之，个人财产不仅包括个人用于经营的资产，而且包括其他的个人财产。而对家庭经营的民事责任而言，《民通意见》第42条规定：“以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应以家庭共有财产清偿。”其第43条规定：“在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务亦应以夫妻共有财产清偿。”

可见，“家庭经营”主要系指资本的来源与收益的分配而言，而绝非仅指生产经营的实际参与，因此它是以“受益与风险一致”为基本出发点的。当然，《民通意见》规定：“个体工商户、农村承包经营户的债务，如以其家庭共有财产承担责任时，应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。”

## 重点法条

第三十五条 合伙的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。

合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

47. 全体合伙人对合伙经营的亏损额，对外应当负连带责任；对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人，应当根据其过错程度相应的多承担责任。

48. 只提供技术性劳务，不提供资金、实物的合伙人，对于合伙经营的亏损额，对外也应当承担连带责任；对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担。

56. 合伙人互相串通逃避合伙债务的，除应令其承担清偿责任外，还可以按照民法通则第一百三十四条第三款的规定处理。

57. 民法通则第三十五条第一款中关于“以各自的财产承担清偿责任”，是指合伙人以个人财产出资的，以合伙人的个人财产承担；合伙人以其家庭共有财产出资的，以其家庭共有财产承担；合伙人以个人财产出资，合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的，应先以合伙人的个人财产承担，不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。

## 法条精解

1. 合伙人合伙债务承担无限责任。这是一种法定责任，它不能因合伙人或合伙人与第三人的协议的变更而改变；同时，它也是一种加重责任，合伙人不仅要以其出资的财产承担清偿合伙债务的责任，当出资的财产不足以清偿时，还要用其尚未出资的个人所有或者经营管理的全部财产承担责任。

2. 合伙人对合伙债务承担连带责任。合伙人的连带责任是法定责任，其责任规则为：

(1) 每个合伙人均对全部合伙债务负清偿责任，合伙债权人一旦要求全部、部分或个别的合伙人清偿，被要求者即有义务予以清偿；

(2) 个别合伙人的清偿行为，对其他合伙人也有清偿的效力；

(3) 若个别合伙人的清偿债务超过应担份额，则其就超出部分对其他应担合伙人享有追偿权。

## 真题示例

(2004-3-2) 甲、乙、丙各出资5万元合伙开办一家餐馆，经营期间，丙提出退伙，甲、乙同意，三



方约定丙放弃一切合伙权利，也不承担合伙债务。下列选项哪一个是正确的？

- A. 丙退伙后对原合伙的债务不承担责任
- B. 丙退伙后对原合伙的债务仍应承担连带清偿责任
- C. 丙退伙后对原合伙的债务承担补充责任
- D. 丙退伙后仍应以其出资额为限对原合伙债务承担清偿责任

答案：B。

解析：根据最《民通意见》第53条规定，合伙经营期间发生亏损，合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的，退伙人已分担合伙债务的，对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。故B项正确。

## 重点法条

第三十六条 法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第四十一条 全民所有制企业、集体所有制企业有符合国家规定的资金数额，有组织章程、组织机构和场所，能够独立承担民事责任，经主管机关核准登记，取得法人资格。

在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业，具备法人条件的，依法经工商行政管理机关核准登记，取得中国法人资格。

第五十条 有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。

具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。

#### 《合同法解释（一）》

第十条 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

## 法条精解

1. 法人的概念：法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

2. 法人的法律特征。法人的法律特征主要表现在如下方面：

(1) 法人是按照一定方式组成的社会组织。法人的组织上的统一性是法人能够成为民事主体的前提。法人作为由多个自然人集合而成的社会组织，独立于作为其成员的自然人的主体资格而存在，这也是法人区别于自然人的关键所在。

(2) 法人是按照法定的条件和程序成立的。如有必要的财产或经费，有自己的名称、组织机构和场所，经过批准或登记程序等。

(3) 法人具有相应的民事权利能力和民事行为能力。法人这种社会组织之所以被法律赋予了像自然人一样可以参加民事活动的资格，就是因为它具有独立的法律地位即法律人格，法人的民事权利能力和行为能力使得法人能以自己的名义参加民事法律关系，享有权利并承担义务。

(4) 法人具有独立承担民事责任的能力。正是由于法人具有独立的组织和独立的财产，它才能够以自己的名义参与民事法律关系，享有权利和承担义务，并独立承担民事责任。故可见，法人的独立责任是其所具有的独立组织和独立财产的必然逻辑结论。所以这是法人的最重要的特征。

3. 法人应具备的条件。主要包括：依法成立；有必要的财产和经费；有自己的名称、组织机构和场所。能够独立承担民事责任。

4. 法人的民事权利能力和行为能力与自然人的民事权利能力和行为能力的区别。

5. 法人的分类

(1) 企业法人。企业是从事生产、运输、贸易等经营活动，以获取利润为目的经济组织，企业法人就是取得民事主体地位的企业。

(2) 机关法人。机关法人是获得法人资格的国家机关，其是依法律直接设立的。国家机关只有在参加





民事活动时，才被视作法人，若是在行使国家权力发号施令时，就不是法人，而是公法主体。根据我国宪法规定的政体，机关法人通常指中央及地方各级人民代表大会、国务院和地方各级人民政府、各级法院和检察院、中央军事委员会和独立编制的各级军事组织。

(3) 事业单位法人。事业单位法人是被赋予民事主体资格的事业单位。所谓事业单位，以往是指由国家财政拨款、从事公益事业的社会组织。必须注意：事业单位的目的主要是公益事业，这是事业单位法人区别于企业法人的一个特征。

(4) 社会团体法人。社会团体法人由法人或自然人组成，谋求公益事业、行业协调或同志志趣的法人，社会团体登记管理条例第2条规定，本条例所称社会团体，是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。社会团体法人的共同特征是不得从事以营利为目的的经营性活动，只能从事与团体章程或法律规定相应的事业。

### 真题示例

(2005-3-51) 下列关于法人机关的表述哪些是正确的？

- A. 法人机关无独立人格
- B. 财团法人没有自己的意思机关
- C. 法人的分支机构为法人机关的一种
- D. 监督机关不是法人的必设机关

答案：ABD。

解析：法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人是具有独立人格的民事主体。而法人机关则是根据法律或章程的规定对内管理法人事务，对外代表法人进行民事活动的个人或集体，其不是具有独立人格的民事主体。A 正确。法人的机关因法人的性质不同而有所不同，一般来说法人机关是由法人的权利机关、法人的执行机关和法人的监督机关三部分组成，但是监督机关不是必设机关。D 项正确，C 项错误。根据法人成立的基础不同，法人可分为社团法人和财团法人。财团法人是指为一定目的的财产的集合体，其以捐助的一定财产为基础，以一定的捐助行为成立条件，其没有自己的意思机关。据此，B 项正确。

### 重点法条

第四十条 法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。

### 法条精解

1. 法人的清算，指法人终止后由清算组织依据职权清理并消灭法人的全部财产关系。

2. 法人清算组织的成立。企业法人自行决定解散的，清算组织由该企业法人根据法律的规定自主成立。

企业法人被撤销或被宣告破产的，则应当由主管机关组织有关机关和人员组成清算组织；或者由人民法院根据法律关于破产程序的规定成立清算组织。

3. 法人的清算范围。法人的清算属于非经营活动，在清算阶段，法人仅具有基于清算必要范围内的民事行为能力，只能进行以清算为目的的行为。法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。具体说来，法人的清算范围包括：

(1) 业务清结。法人终止时应将终止前开始尚未结束的各项业务予以了结。

(2) 资产清理。法人终止时应对其资产、债权债务等进行清理。主要包括：对内处理法人的财务；对外收取债权、清偿债务；变卖财产。

### 重点法条

第四十三条 企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。

【关联法条】

《民通意见》

58. 企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。

《合同法》

第五十条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。



1. 法定代表人的概念：依《民法通则》第38条的规定：依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。厂长、董事长等都是法定代表人。

2. 法定代表人的法律特征：

(1) 资格法定，无须法人机关专门授权，法律法规明文规定，如全民所有制企业的厂长、经理就是法定代表人。

(2) 法定代表人就是代表法人行使职权的负责人，对内管理法人事务，对外可以法人的名义，代表其进行民事活动，且为签字人。

(3) 法定代表人只能是自然人。

3. 法人责任的承担。法人机关包括法定代表人都是法人的组成部分，法人机关执行职务时所作的行为，是体现法人的意志而不是体现个人的意志来实施的，其活动的范围和内容由法人所规定的，活动的目的是为了给法人带来经济利益，因此其在经营中执行职务时所作的一切行为都是法人的行为。不论其是合法行为，还是违法行为，其所形成的一切民事责任，都要由法人来承担，即使其法定代表人个人有过错，只要是执行法人职务上的行为，也不能例外。法定代表人为法人所设立的权利应为法人所享有，由此而产生的义务和责任，亦应为法人所承担。当然，对于法定代表人非执行职务的行为后果，法人是不承担责任的。而对于法人其他工作人员的责任，鉴于除了代表人外，法人的其他成员要以法人的名义从事经营活动，就必须取得法人的委托授权，以代理人的身份代理法人从事经营活动。故法人的内部工作人员的责任可分为两种：一种是代表责任，另一种是代理责任。

### 真题示例

(2006-3-3) 关于企业法人对其法定代表人行为承担民事责任的下列哪一表述是正确的？

- A. 仅对其合法的经营行为承担民事责任
- B. 仅对其符合法人章程的经营行为承担民事责任
- C. 仅对其以法人名义从事的经营行为承担民事责任
- D. 仅对其符合法人登记经营范围的经营行为承担民事责任

答案：C。

解析：根据《民法通则》第43条和《合同法》第50条规定，只要企业的法定代表人以法人名义从事经营活动，即使超越法人章程的规定，只要第三人是善意的，也应认定企业法人对其法定代表人的越权行为承担责任。所以C是正确的。A项中，企业法人对他的法定代表人不合法的经营行为也应当承担责任。B项中由于法人章程是内部规定，不足以对抗不了解其章程规定的第三人，所以对于法定代表人超出章程规定范围的经营行为，如果不能证明第三人是明知的，仍然要承担民事责任。D项是错误的，超出法人登记经营范围的经营行为只要不违反法律强制性规定，都是有效的。

### 重点法条

第五十四条 民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

### 法条精解

1. 民事法律行为的概念：民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和义务的合法行为，是按当事人意思发生变动权利义务关系效果的合法行为。

2. 民事法律行为的基本特征：

(1) 民事法律行为以设定、变更和终止民事法律关系为目的。民事主体实施民事行为的时候，其主观上都是在追求一定的目的，并希望达到某种法律后果。由此可见，民事行为是民事主体以一定的法律后果为目的而实施的有意识的行为，但此种目的性并不包括法律后果的动机。侵权行为可以有目的、有意识的，即有侵权动机的，但其追求的目的肯定只能是损害而不会是赔偿。就是说不论侵权行为人愿意不愿意，他都得承担赔偿责任的法律后果，故侵权行为并非是以设定损害赔偿法律关系为目的之法律行为，而是基于法律规定，只要行为人的客观行为符合法律规定的构成要件，即能发生法定后果的事实行为。

(2) 民事法律行为是以意思表示为要素的法律事实。这是法律行为区别于其他法律事实的最根本的法律特征。任何民事法律行为的成立，必须要有一个或几个意思表示。所谓意思表示，就是指表示出来的意



志和愿望。民事主体所希望取得一定的民事权利和民事义务的内心意志，在民法中称其为“意思”。通过行为将内心的意思表示于外部则为“表示”。民事行为的当事人实施某一“目的在于发生、变更或消灭民事权利义务的行为”时，必须将此种意思表示出来，法律行为就是使当事人的意志能够得到法律承认的法律事实。欠缺意思表示即无民事法律行为可言。

(3) 民事法律行为是依意思表示的内容具有法律拘束力的民事主体的行为。一方面，民事法律行为的效力是当事人意志的法律化。法律赋予民事法律行为以法律上的效力，本质上就是确认了民事行为中的意思表示，使其具有法律上的约束力。《民法通则》第57条规定：“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除”，否则要承担法律责任。另一方面，民事法律行为的效力是基于当事人意思表示的内容而决定的。民事法律行为是权利和义务产生的根据，具有设权性的特点。民事法律行为之所以能实现法定主义方式所无法起到的调整功能，就在于它对当事人的意思发生了作用，使当事人的意志依法体现为法律关系，使当事人的意志法律化。

(4) 民事法律行为必须是合法行为。民事行为最终能否发生当事人预期的法律后果，还是要取决于民事行为是否符合法律的规定。非法的、不真实的意思表示还可以叫意思表示，但非法的行为就不能称之为法律行为，只能叫民事行为。一切法律效果都是法律赋予的，民事法律行为作为一种合法行为，即为民事主体实施民事行为树立了一个抽象的行为标准。使人们知道了，在什么情况下实施的民事行为是合法的、有效的、能够达到预期的目的。此种行为规则正是由于被赋予了法律上的效力，所以才得到了国家强制力的保护。

### 真题示例

(2002-3-14) 某县政府为鼓励县属酒厂多创税利，县长与酒厂厂长签订合同约定：酒厂如果完成年度税收一百万元的指标，第二年厂长和全厂职工都可以加两级工资。该合同属于什么性质的行为？

- A. 双方民事法律行为
- B. 无效民事行为
- C. 附条件民事法律行为
- D. 不属于民事法律行为

答案：D。

解析：《民法通则》第54条和第55条规定，县长与酒厂厂长签订合同，约定酒厂如果完成年度税收指标，第2年厂长和全厂职工都可以加两级工资。该加两级工资的约定并不属于民法上的后果，且是不平等的民事主体之间的行为，不符合民事法律行为的要件和特征。因此，该行为不属于民事法律行为。

### 重点法条

第六十三条 公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。

代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。

依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。

#### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第六十四条 代理包括委托代理、法定代理和指定代理。

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权，法定代理人依照法律的规定行使代理权，指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。

#### 《民通意见》

77. 意思表示由第三人义务转达，而第三人由于过失转达错误或者没有转达，使他人造成损失的，一般可由意思表示人负赔偿责任。但法律另有规定或者双方另有约定的除外。

78. 凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为，本人未亲自实施的，应当认定行为无效。

79. 数个委托代理人共同行使代理权的，如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商，所实施的行为侵害被代理人权益的，由实施行为的委托代理人承担民事责任。

被代理人人数时，其中一人或者数人未经其他被代理人同意而提出解除代理关系，因此，造成损害的，由提出解除代理关系的被代理人承担。

83. 代理人和被代理人对已实施的民事行为负连带责任的，在民事诉讼中，可以列为共同诉讼人。



## 1. 代理的概念

代理指代理人在代理权限范围内,以被代理人的名义为民事法律行为,所产生的法律后果直接归属于被代理人。

## 2. 代理的特征有

- (1) 代理人以被代理人的名义进行代理行为。
- (2) 代理人在代理权限范围内独立进行代理行为。
- (3) 代理人进行的民事法律行为的法律后果归属于被代理人。
- (4) 代理的活动必须是具有法律意义的行为。

代理一般是代理完成一定的民事法律行为,即为被代理人设立、变更或终止某种民事权利和义务关系。当然其并不局限于民事法律行为,但代理只有代理人实施的能够对被代理人产生权利义务的行为时,才是法律意义上的代理行为。

(5) 代理人在代理活动中,具有独立的法律地位。他在依据代理权限实施法律行为时,要独立地进行意思表示。这就是说,代理人要凭借自己的知识和经验,独立地作出分析判断,独立地决定如何向第三人为意思表示,并决定是否接受第三人的意思表示。由于代理不但能够弥补民事主体行为能力的不足,而且能够克服自己的不足以增强民事主体的实现权利的能力,特别是代理在拓展活动空间,降低经营成本方面有其难以替代的作用。

## 3. 代理的适用范围

- (1) 代理所适用之当事人的范围。

所有的民事主体都可以成为被代理人,包括无民事行为能力人和限制民事行为能力人。但就具体的代理行为而言,被代理人必须具有相应的民事权利能力。此外,只有具备完全民事行为能力的人才可以成为代理人。

- (2) 代理所适用之事务的范围。

一般的民事法律行为都可以代理进行。如果依照法律规定或按照双方当事人的约定,应当由本人亲自进行的民事法律行为,不得代理。凡是依法或者依双方的约定必须由本人亲自实施的民事行为,本人未亲自实施的,应当认定无效。

## 4. 代理的类型

- (1) 直接代理与间接代理。这是以是否以本人名义实施代理行为为标准划分的代理类型。
- (2) 委托代理、法定代理与指定代理。这是以代理权的来源为标准划分的代理类型。
- (3) 本代理与复代理。这是根据选任代理人的不同为标准划分的代理类型。
- (4) 一般代理与特别代理。这是按代理权限的范围划分的代理类型。
- (5) 单独代理与共同代理。按代理人是一人还是数人,代理区分为单独代理和共同代理。

**重点法条**

第六十五条 民事法律行为的委托代理,可以用书面形式,也可以用口头形式。法律规定用书面形式的,应当用书面形式。

书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间,并由委托人签名或者盖章。

委托书授权不明的,被代理人应当向第三人承担民事责任,代理人负连带责任。

第六十六条 没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。

代理人不履行义务而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。

代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。

第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。

第六十七条 代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的,或者被代理人知道代理人的代





理行为违法不表示反对的，由被代理人 and 代理人负连带责任。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

79. 数个委托代理人共同行使代理权的，如果其中一人或者数人未与其他委托代理人协商，所实施的行为侵害被代理人权益的，由实施行为的委托代理人承担民事责任。

83. 代理人和被代理人对已实施的民事行为负连带责任的，在民事诉讼中，可以列为共同诉讼人。

《合同法》第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

### 法条精解

#### 1. 无权代理的概念

就是没有代理权的代理。无权代理并不是代理的一种形式，而是具备代理行为的表象但是欠缺代理权的行为。无权代理包括狭义无权代理和表见代理。

#### 2. 狭义无权代理

(1) 狭义无权代理的类型。狭义无权代理，是不属于表见代理的未授权之代理、越权代理、代理权终止后的代理情形。①未授权之无权代理。指既没有经委托授权，又没有法律上的根据，也没有人民法院或者主管机关的指定，而以他人名义实施民事法律行为之代理。②越权之无权代理。指代理人超越代理权限范围而进行代理行为。③代理权消灭后之无权代理。指代理人因代理期限届满或者约定的代理事务完成甚至被解除代理权后，仍以被代理人的名义进行的代理活动。

(2) 狭义无权代理的效果。①本人有追认权和拒绝权。②相对人有催告权和撤销权。③行为人之无权代理行为如确是为“本人之利益计算”，且符合无因管理法律要件时，在行为人与本人之间可构成无因管理之债；反之，如造成本人损害的，在行为人与本人之间发生损害赔偿之债。

#### 3. 表见代理

(1) 表见代理的概念和意义。表见代理，指无权代理人的代理行为客观上存在相对人相信其有代理权的情况，且相对人主观上为善意且无过失，因而可以向被代理人主张代理的效力。《合同法》第49条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

(2) 表见代理的构成要件：① 无权代理人须以被代理人的名义进行活动；② 无权代理人与相对人之间的民事行为，须具备成立的有效条件；③ 客观上须有使相对人相信无权代理人具有代理权的情形；④ 相对人须为善意且无过失。

(3) 表见代理的效果。表见代理的法律效力，在于使无权代理发生如同有权代理一样的效果。

### 真题示例

(2009-3-4) 下列哪一情形构成无权代理？

- A. 甲冒用乙的姓名从某杂志社领取乙的论文稿酬据为己有
- B. 某公司董事长超越权限以本公司名义为他人提供担保
- C. 刘某受同学周某之托冒充丁某参加求职面试
- D. 关某代收某推销员谎称关某的邻居李某订购的保健品并代为付款

答案：D。

解析：本题考核无权代理。

无权代理是非基于代理权而以本人名义实施的旨在将效果归属于本人的代理。A项中，虽然甲是冒用乙的姓名进行的民事行为，但是，并非旨在将行为效果归属于乙，而是旨在据为己有，不满足无权代理的条件，因此，A项不选。

B项中，某公司的董事长不是公司的代理人，而是代表人。代理人与法人代表地位也不同，法人代表人在代表法人时，自己的人格被法人吸收，法人代表的行为就是法人的行为；代理人在代理时，仍是以自己的意思独立实施行为，只是该行为的法律效果归属于本人。本项中，董事长的行为是代表行为，而非代



理行为，因此，也就无所谓无权代理的问题了。因此，B项不选。

《民法通则》第63条第3款规定，依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。C项中的求职面试行为根据实践经验可知，属于必须由本人亲自实施的民事法律行为，不得由代理人代理，因此，刘某冒充丁某参加求职面试的行为是违反法律禁止规定的行为，属于无效行为，不属于是否有权代理的评价范围之内。因此，C项不选。

D项中，从“推销员谎称”信息中可以判断出关某没有得到李某的授权，关某认为此保健品是邻居李某订购的，并代李某接收且付款的行为属于无权代理。因此，D项正确。

## 重点法条

第六十八条 委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任，但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

80. 由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失的，属于民法通则第六十八条中的“紧急情况”。

81. 委托代理人转托他人代理的，比照民法通则第六十五条规定的条件办理转托手续。因委托代理人转托不明，给第三人造成损失的，第三人可以直接要求被代理人赔偿损失；被代理人承担民事责任后，可以要求委托代理人赔偿损失，转托代理人有过错的，应当负连带责任。

#### 《合同法》

第四百条 受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，受托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外。

## 法条精解

### 1. 本代理与复代理的划分

“本代理”与“复代理”，是根据代理权的授予和行使代理权的人的不同而划分的。本代理亦称“原代理”，指代理权直接由被代理人本人授予的代理。复代理亦称“再代理”或“转委托”，是指代理人将代理权的一部分或全部再转授给他人，由第三人代理被代理人进行民事活动的代理。被转授代理权的人称复代理人。

### 2. 复代理的特点

(1) 复代理的代理权是由代理人而不是由被代理人授予的。复代理人并不是取代了代理人，仅仅是分担了代理人的部分职责。代理人的地位并未改变，复代理人的行为，要受代理人监督，代理人对复代理人有解任的权利。

(2) 复代理人是以被代理人的名义而不是以代理人的名义来进行活动的。

(3) 复代理的法律后果是直接由被代理人而不是由代理人来承担的。复代理人的代理权可以小于或者等于代理人的代理权，但不能大于代理人的代理权。

(4) 代理人不能随意转委托。

### 3. 转委托的法定条件

(1) 必须是为了被代理人的利益。

(2) 事先或者事后取得被代理人的同意。但要注意《民通意见》第80条规定。

### 4. 转委托的法律后果

委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意，事先没有取得被代理人同意的，应在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任。但是，在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的，转托有效，被代理人对于复代理人的代理行为承担法律后果。转托中授权不明，给第三人造成损失的，第三人可以直接要求被代理人赔偿损失；被代理人承担民事责任后，可以要求代理人赔偿损失。复代理人有过错的，应当负连带责任。



第六十九条 有下列情形之一的，委托代理终止：

- (一) 代理期间届满或者代理事务完成；
- (二) 被代理人取消委托或者代理人辞去委托；
- (三) 代理人死亡；
- (四) 代理人丧失民事行为能力；
- (五) 作为被代理人或者代理人的法人终止。

#### 【关联法条】

#### 《民通意见》

82. 被代理人死亡后有下列情况之一的，委托代理人实施的代理行为有效：(1) 代理人不知道被代理人死亡的；(2) 被代理人的继承人均予承认的；(3) 被代理人与代理人约定到代理事项完成时代理权终止的；(4) 在被代理人死亡前已经进行、而在被代理人死亡后为了被代理人的继承人的利益继续完成的。

### 法条精解

1. 根据《民法通则》的有关规定，委托代理的终止原因主要有：

- (1) 代理期间届满或者代理事务完成。
- (2) 被代理人取消委托或代理人辞去委托。
- (3) 代理人死亡。
- (4) 代理人丧失民事行为能力。
- (5) 作为被代理人或代理人的法人终止。

2. 根据《民法通则》的有关规定，法定代理和指定代理的终止原因主要有：

- (1) 被代理人取得或恢复民事行为能力。
- (2) 被代理人与代理人之间的监护关系消灭。
- (3) 被代理人或代理人死亡。
- (4) 代理人丧失民事行为能力。

第八十四条 债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。

债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

第八十六条 债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务。

第八十七条 债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。

#### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第九十二条 没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

第九十三条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。

公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。

没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。

#### 《合同法》

第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

- (一) 假借订立合同，恶意进行磋商；



- (二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- (三) 有其他违背诚实信用原则的行为。

## 法条精解

### 1. 债的概念

债是按照合同的约定或依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。在这种民事法律关系中,一方享有请求他方为一定行为或不为一定行为的权利,而他方则负有满足该项请求的义务;享有权利的一方称债权人,负有义务的一方称债务人。

### 2. 债的构成要素

(1) 债的主体。债的主体是参与债的法律关系的当事人,包括权利主体即债权人和义务主体即债务人。

(2) 债的内容。债的内容是债权人享有的权利和债务人负担的义务,即债权和债务。

(3) 债的客体。债的客体又称债的标的,指债权人的权利和债务人的义务共同指向的对象,既可以是物(包括有价证券、货币),也可以是劳务,还可以是知识产权等。

### 3. 债的发生原因

债的发生原因又称债的发生根据,是引起债的关系产生的各种法律事实。

(1) 合同。合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同依法成立后,即在当事人之间产生债权债务关系,因此合同是债的发生根据。基于合同所产生的债,称为合同之债。合同之债是当事人在平等基础上自愿设立的,是民事主体开展各种交往的法律表现,也是债的最常见、最主要的发生原因。

(2) 单方允诺。单方允诺也称单独行为或单务约束,是指表意人向相对人作出的为自己设定某种义务,使对方取得某种权利的意思的表示。依意思自治原则,民事主体可基于某种物质上或精神上的需要为自己设定单方义务,同时放弃对于他方当事人的对价请求。因此,单方允诺能够引起债的发生。在社会生活中较为常见的单方允诺有悬赏广告、设立幸运奖和遗赠等。

(3) 侵权行为。侵权行为是指不法侵害他人的合法权益的行为。依法律规定,侵权行为发生后,加害人负有赔偿受害人损失的义务,受害人享有请求加害人赔偿损失的权利。这种特定主体之间的权利义务关系,即侵权行为之债。侵权行为之债是除合同之债以外的另一类较为常见的债,它由违法行为引起,依法律规定而产生,以损害赔偿为主要内容。

(4) 无因管理。无因管理,是指没有法定的或约定的义务,为避免他人利益受损失为他人管理事务提供服务的行为。无因管理一经成立,在管理人和本人之间即发生债权债务关系,管理人有权请求本人偿还其因管理而支出的必要费用,本人有义务偿还,此即无因管理之债。无因管理之债与合同之债一样,都是因合法行为而发生的,二者的根本区别在于合同之债为意定之债,无因管理之债为法定之债。

(5) 不当得利。不当得利,是指没有合法根据而获得利益并使他人利益遭受损失的事实。依法律规定,取得不当利益的一方应将所获利益返还于受损失的一方,双方因此形成债权债务关系,即不当得利之债。不当得利之债与侵权行为之债、无因管理之债同属法定之债,其特点在于,它不是像合同之债那样基于当事人的合意而成立,是像侵权行为之债那样因不法行为而发生,也不是像无因管理之债那样因合法的事实行为而发生,而是基于当事人之间的利益发生不当变动的法律事实(事件)而发生。

(6) 其他原因。除上述发生原因外,债的关系还可因其他法律事实而产生。例如,因缔约过失,会在缔约当事人之间产生债权债务关系;因拾得遗失物,会在拾得人与物的所有人之间产生债权债务关系;因防止、制止他人合法权益受侵害而实施救助行为,会在因此而受损的救助人与受益人之间产生债的关系。

### 4. 债的分类

(1) 法定之债和意定之债。根据债的发生原因不同,债可以分为法定之债和意定之债。法定之债即当事人双方或数方之间签订合同而发生的债。意定之债指不是由参加者的协议而发生的债。不同的债应适用不同法律进行调整。

(2) 特定物之债和种类物之债。根据债的标的物属性的不同,债可分为特定物之债和种类物之债。前者在债发生时,其标的物即已存在并已特定化;后者在债发生时,其标的物尚未特定化,甚至尚不存在,但当事人双方须就债的标的物的种类、数量、质量、规格或型号等达成协议。

债的这种分类的法律意义在于:特定物之债的履行,除非债务履行前标的物已灭失,债务人不得以其他标的物代为履行,种类物之债不存在这个问题;在法律规定或当事人约定的情况下,特定物之债的标的





物所有权可自债成立之时发生转移，标的物意外风险也随之转移；种类物之债的标的物所有权只能自交付之日起转移，其意外风险也自交付之日起转移。

(3) 单一之债和多数人之债。根据债的主体双方人数是单一的，还是多数的，债可以分为单一之债和多数人之债。前者指债的双方主体都仅为一人的债，后者指债的双方主体均为二人以上或其中一方主体为二人以上的债。前者当事人之间的权利、义务比较简单明了，后者当事人之间的关系比较复杂。

(4) 按份之债和连带之债。按份之债指债的主体至少一方为多数人，各自按照一定的份额享有权利或承担义务的债。按份债权的各个债权人只能就自己享有的份额请求债务人履行和接受履行，无权请求和接受债务人的全部给付。按份债务的各债务人只对自己分担的债务份额负清偿责任，债权人无权请求各债务人清偿全部债务。

连带之债指债的主体至少一方多数人，一方多数当事人之间有连带关系的债。债权人一方为多数人且有连带关系的，为连带债权。在连带之债中，连带债权人的任何一人接受了全部义务履行，或连带债务人的任何一人清偿了全部债务时，原债归于消灭，但连带债权人之间或连带债务人之间则会产生新的按份之债。

(5) 简单之债与选择之债。根据债的标的有无选择性，债可分为简单之债和选择之债。前者又称不可选择之债，指债的标的是单一的，当事人只能以该种标的履行并无选择余地的债。选择之债是相对于不可选择之债而言的，是指债的标的为两项以上，当事人可以从中选择其一履行的债。

(6) 主债和从债。根据两个债之间的关系，债可分为主债和从债。主债指能够独立存在，不以他债为前提的债。凡是不能独立存在，而必须以主债的存在为成立前提的债，为从债。区分主债与从债的法律意义在于：从债对主债起担保作用，从债的效力决定于主债的效力，它随主债的存在而存在，随主债的终止而终止。

### 真题示例

(2005-3-8) 某演出公司与“黑胡子”四人演唱组合订立演出合同，约定由该组合在某晚会上演唱自创歌曲2、3首，每首酬金2万元。由此成立的债的关系属何种类型？

- A. 特定之债
- B. 单一之债
- C. 选择之债
- D. 法定之债

答案：B。

解析：根据债的标的物的性质，债可分为特定之债与种类之债。特定之债只是债务人应给付特定的物的债，即以特定物为标的物的债；种类之债指以种类物为标的物的债。据此，因演出合同的标的是提供的演出服务而不是物。故其既不属于特定之债，又不属于种类之债。可见A项错误。根据债的主体上的特征，债可分为单一之债和多数人之债。债的主体为债权人和债务人。任何债都须有债权主体和债务主体双方。但债的任何一方主体都既可以是单一的一人，也可以是复数的多人。因此，依据债的主体双方是一人还是多人，可将债分为单一之债和多数人之债。单一之债，是指债权主体一方和债务主体一方都仅为一人的债。多数人之债，是指债权人主体和债务人主体至少有一方为二人以上的债。所以，在单一之债中，只有两个当事人；而在多数人之债中则至少有三个当事人。“黑胡子”视为一个整体签订合同应为单一之债。据此，B项为正确选项。根据债的履行是否可以选择，债可分为简单之债与选择之债。简单之债，有的称为单纯之债，通说是指债的履行标的只有一种，当事人只能按照该种标的履行的债。选择之债，是指债的履行标的有数种，当事人从中选择一种来履行的债。据此，某演出公司与“黑胡子”四人演唱组合订立演出合同为单一之债。故C项错误。根据债的发生与内容均由法律加以直接和明确规定的债。法定之债包括侵权损害赔偿之债、不当得利之债、无因管理之债及缔约过失之债。意定之债是指债的发生及其内容完全由当事人的意思自治。据此，某演出公司与“黑胡子”四人演唱组合订立演出合同为意定之债。故D项错误。

### 重点法条

第九十二条 没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

【关联法条】

《民通意见》

131. 返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。



## 1. 不当得利的概念

是指没有法律上或合同上的根据而取得利益并使他人受到损失的事实。因不当得利所发生的债称为不当得利之债。

## 2. 不当得利的要件

不当得利之债的构成要件是：一方取得利益；另一方受到损失；受益与受损之间有因果关系；受益无合法根据。不当得利一经成立，便会在当事人之间产生不当得利之债。受损人有请求返还不当得利的权利，受益人则负有与之对应的义务。受益人以返还原则为原则。如无法返还原物，则应折价返还。因原物所生孳息，也应一并返还。

## 3. 不当得利的基本类型

不当得利依据不同标准可以作不同划分，最基本的划分是依据不当得利是否基于给付行为而发生，将其分为给付不当得利与非给付不当得利。

## (1) 给付不当得利

给付不当得利，指受益人受领他人基于给付行为而移转的财产或利益，因欠缺给付目的而发生的不当得利。这种欠缺给付目的既可以是自始欠缺给付目的，也可以给付目的嗣后不存在，也可以是给付目的不达。

① 自始欠缺给付目的。指给付之时即不具有给付的原因，最典型的为非债清偿与作为给付的原因不成立、无效或被撤销。

以下情形中，虽没有给付原因，仍排除不当得利的成立：履行道德义务而为给付；为履行未到期债务而清偿；明知无债务而为清偿；因不法原因而为给付。

② 给付目的嗣后不存在。是指给付时虽有法律上的原因，但其后该原因不存在了，因一方的给付而发生不当得利。

③ 给付的目的不达。指为实现将来某种目的而为给付，但因各种障碍，给付目的不能按照给付意图实现的，受领给付欠缺保有给付利益的正当性，构成不当得利。

## (2) 非给付不当得利

非给付不当得利，指基于给付以外的事由而发生的不当得利，包括人的行为、自然事件以及法律规定。

① 基于受益者的行为。基于受益者的行为而发生的不当得利，主要指侵害他人权益而发生的不当得利，受益者的行为可以是事实行为，也可以是法律行为。

② 基于受损者行为。这种不当得利以受损人为他人之物支出费用最为典型，如误将他人的家畜作为自己的家畜饲养，误以他人事务作为自己的事务而管理。

③ 基于第三人行为。基于第三人行为的不当得利主要有：债务对债权的准占有人（债权凭证持有人）清偿，使债权消灭，致真正的债权人受到损失；债权的让与人在让与通知前，债务人对让与人清偿，致债权的受让人有损害；第三人将甲的肥料施予乙的田地中等。

④ 基于法律规定。基于法律规定的不当得利，是指在一定事实或行为发生时，法律不问当事人的意思，直接规定发生一定得利的效果。

## ⑤ 基于事件。

## 4. 不当得利之债的内容

## (1) 善意受益人的返还义务

善意受益人指于受益时不知其受益无法律上的原因。不知无法律上的原因，不以无过失而不知者为限，因过失而不知者，亦属善意。善意受益人的返还义务的范围以现存利益为限，现存利益的确定时期为受益人受利益返还请求之时，于此时非现有的利益，免负返还义务。受益人的返还义务以原物为主，当原物依性质或其他事情，如消费、消耗、出卖、被盗、遗失等不能返还时，于现存利益范围内受益人应偿还价额。现存利益不以受益人取得利益的原形为限，原形虽发生变化，但只要其财产价值仍然存在其代偿利益仍然存在，即有现存利益。凡受益人的财产总额因取得利益而增加，且该财产总额增加尚存在，则可判定现存利益存在。

善意受让人为取得利益或维持利益所支出的费用，构成对其所有财产的负担，因此，善意受让人可以在返还现存利益时，要求权利人偿还有关费用或从现存利益中予以扣除。这些费用以为取得或保管、增加利益的必要、有益费用为限，因受领标的物的性质或瑕疵造成受领人的损害，也可类推适用有关费用的支出。



## （2）恶意受益人的返还义务

恶意受益人是指明知无法律的原因而取得利益的受益人，基于得撤销而经撤销的行为所为的给付，受领人知其撤销原因的，也视为明知无法律上的原因。受益人于受领时不知其受益无法律上的原因，其后知晓的，自知晓之日起，成为恶意受益人。恶意受益人负担较善意受让人严厉的返还义务，应当返还其当初所受的一切利益、本于该利益所生的利益以及当初所受利益的利息。若恶意受领的利益不存在，不论其不存在的原因如何，受益人都应当如数偿还，不得主张因利益不存在的免除义务。

恶意受益人为取得、保存增加该利益所支出的必要费用，允许其向权利人主张偿还，或从返还额中扣除；恶意受益人支出的有益费用，只能在现存的增加额限度内要求返还，或予以扣除。

恶意受益人依上述方法返还受损者利益，仍不足以弥补受损者损失时，恶意受益人应承担赔偿义务。此项赔偿义务为一种特别赔偿义务，不以受益人故意或过失为要件。

返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息，利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务和管理费后，应当予以收缴。依据该解释，不当得利返还义务的范围权限于原物及孳息，其他收益收缴国家。

## （3）第三人的返还义务

不当得利受领人将其所受领的标的物无偿让与第三人，则于受领人因此免除返还义务的限度内，第三人对损失者负返还责任，这就是不当得利制度下第三人的返还义务。因为第三人所受利益，是由于不当得利受领人的让与行为，第三人受有利益有法律上根据与受损者之间不成立不当得利义务，但第三人无偿取得利益，相对于受损者的受有损失，显失公平，故唯有赋予第三人返还的义务才能实现对受损者的保护。

### 真题示例

1.（2005-3-10）在下列何种情形中，乙构成不当得利？

- A. 甲欠乙 500 元，丙在甲不知情的情况下自愿代为偿还
- B. 甲大学新建校区，当地居民乙的房屋大幅升值
- C. 甲以拾得的 100 元还了欠乙的债务
- D. 甲雇人耕田，雇工误耕了乙的数亩待耕之田

答案：D。

解析：AC 中乙获得利益是基于债权的清偿，有合法根据。B 项中居民乙的房屋大幅升值并没有导致他人受有损失，不是不当得利。D 项乙没有法律上的依据，取得田地耕种的利益，并致甲田地未耕的损失，属于不当得利。

2.（2009-3-13）一日清晨，甲发现一头牛趴在自家门前，便将其拴在自家院内，打探失主未果。时值春耕，甲用该牛耕种自家田地。期间该牛因劳累过度得病，甲花费 300 元将其治好。两年后，牛的主人乙寻牛来到甲处，要求甲返还，甲拒绝返还。下列哪一说法是正确的？

- A. 甲应返还牛，但有权要求乙支付 300 元
- B. 甲应返还牛，但无权要求乙支付 300 元
- C. 甲不应返还牛，但乙有权要求甲赔偿损失
- D. 甲不应返还牛，无权要求乙支付 300 元

答案：B。

解析：本题考核不当得利的返还。

《民法通则》第 92 条规定，无合法根据取得不当利益，应当返还权利人。本题中，甲拾得乙的牛属于不当得利，应当返还给失主。因此，CD 项错误。《物权法》第 112 条第 3 款规定，拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。本题中，甲花费的 300 元是因为甲使用该牛，致其劳累过度而生病所花费的费用，而非单纯的保管费用。另外，即便 300 元属于合理的保管遗失物的费用，甲最后拒绝返还的行为说明甲有侵占遗失物的意思，根据《物权法》的规定也无权请求乙支付 300 元。因此，A 项错误，B 项正确。

### 重点法条

第九十三条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。



## 【关联法条】

### 《民通意见》

132. 民法通则第九十三条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。

## 法条精解

### 1. 无因管理的概念

无因管理，是指没有法定或约定的义务，为了保护他人的利益，自愿管理他人事务或为他人提供服务。因无因管理所生之债为无因管理之债。

### 2. 无因管理的条件

无因管理之债的成立条件有：必须管理他人事务或为他人提供服务；管理须无法律上或合同上之义务；须有为他人谋利益的意思。

### 3. 无因管理之债的内容

(1) 管理人的义务。无因管理之债中管理人的义务有：管理义务；通知与返还义务。债务人的义务主要是偿还管理人因管理行为而支付的必要费用。

(2) 管理人的权利为：要求偿还必要费用；损害赔偿请求权。

(3) 损害赔偿责任。管理人未履行或不适当履行上述义务，对本人造成损害的，应向本人承担债务不履行的责任。该责任的承担以管理人主观上的过错（故意或过失）为要件，但为免除本人生命、身体或财产上的急迫危险时，对本人造成的损害，管理人仅于具有恶意或重大过失时，始负损害赔偿责任。

管理人在管理过程中因故意或过失侵害本人其他合法权益的，应对本人负担损害赔偿责任，这种损害赔偿责任在性质上是侵权责任。管理人的侵权行为发生在管理行为过程中，与管理行为相关联，侵害对象是无因管理利益以外的本人的其他合法权益。

管理人的管理承担不利于本人、违反本人明示或可推知的意思，通常也构成侵权行为。本人可以选择对管理人依据无因管理主张管理利益返还，也可以对管理人主张侵权损害赔偿责任。如果本人选择对管理人主张侵权损害赔偿责任时，管理人应负损害赔偿责任。

## 真题示例

1. (2002-3-18) 甲不慎落水，乙奋勇抢救，抢救过程中致甲面部受伤，同时乙丢失手机一部。下列表述中哪一说法是正确的？

- A. 乙应赔偿甲面部受伤的损失，甲不应赔偿乙失落手机的损失
- B. 乙应赔偿甲面部受伤的损失，甲应赔偿乙失落手机的损失
- C. 乙不应赔偿甲面部受伤的损失，甲不应赔偿乙失落手机的损失
- D. 乙不应赔偿甲面部受伤的损失，甲应赔偿乙失落手机的损失

答案：D。

解析：根据《民法通则》第93条和《民通意见》第132条规定，甲不慎落水，乙奋勇抢救的行为，即属于无因管理的行为，在抢救过程中致乙丢失手机一部，甲作为受益人应赔偿管理人乙失落手机的损失。管理人未履行或不适当履行的责任。对本人造成损害的，应向本人承担债务不履行的责任。该责任以管理人主观上有过错为要件，但为免除本人生命、身体或财产上的急迫危险时，对本人造成的损害，管理人仅于具有恶意或重大过失时，始负赔偿责任。所以乙在甲有生命危险时因急于救人给甲造成的面部损失，不承担赔偿责任。

2. (2009-3-12) 张某外出，台风将至。邻居李某担心张某年久失修的房子被风刮倒，祸及自家，就雇人用几根木料支撑住张某的房子，但张某的房子仍然不敌台风，倒塌之际压死了李某养的数只鸡。下列哪一说法是正确的？

- A. 李某初衷是为自己，故不构成无因管理
- B. 房屋最终倒塌，未达管理效果，故无因管理不成立
- C. 李某的行为构成无因管理
- D. 张某不需支付李某固房费用，但应赔偿房屋倒塌给李某造成的损失

答案：C。







**解析：**本题考核无因管理。

本题中，虽然李某在帮助张某修缮房屋的时候存在利己意思，但是主要目的还是为了张某的利益而为他修缮房屋，李某的行为成立无因管理。因此，AB项错误，C项正确。另外，无因管理一经成立，在管理人和本人之间即发生债权债务关系，管理人有权请求本人偿还其因管理而支出的必要费用，本人有义务偿还。本题中，李某有权要求张某支付固房费用，张某应支付。因此，D项错误。

## 重点法条

第九十八条 公民享有生命健康权。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第一条 因生命、健康、身体遭受侵害，赔偿权利人起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害的，人民法院应予受理。

本条所称“赔偿权利人”，是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。

本条所称“赔偿义务人”，是指因自己或者他人的侵权行为以及其他致害原因依法应当承担民事责任的自然人、法人或者其他组织。

## 法条精解

1. 所谓生命权，就是指以自然人的生命安全利益为其权利客体的人格权。生命权指公民维护自己生命延续、不受他人非法干涉的权利。生命权的内容无疑应指其权能或权项，一般认为包括生命安全维护权和生命利益支配权。

2. 健康权指公民保持身体组织的生理功能健全以及心理健康的权利。健康权是自然人以与其人体的功能的正常发挥有关的利益为内容的人格权。其核心在于保障人体器官及其整个人身系统，乃至身心整体的功能的正常发挥。一般来说，健康权的内容应包括健康维护权，劳动能力保有、利用和发展权，在特殊场合，也承认健康利益支配权。

## 重点法条

第九十九条 公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。

法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。

### 【关联法条】

《民通意见》

141. 盗用、假冒他人姓名、名称造成损害的，应当认定为侵犯姓名权、名称权的行为。

## 法条精解

### 1. 公民的姓名权

公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。姓名权的内容有：

(1) 命名权即姓名决定权，就是指自然人有权决定自己的姓名，而其他任何人无权非法对此加以干涉的人格权利。

(2) 姓名使用权，其首先是指自然人对自己的姓名享有“专有使用权”；同时也指自然人在民事活动中有不使用自己的姓名、而不受他人干涉的权利。这项权利中既有积极使用的“作为”的一面，也有消极不使用的“不作为”的一面。

(3) 姓名变更权，是指自然人依照有关规定改变自己的姓名而不受他人非法干涉的权利。

### 2. 名称权

企业法人、个体工商户、个人合伙的有权使用、依法转让自己的名称。“名称权”的内容有：

(1) 名称决定权，这是名称权最基本的内容。

(2) 名称使用权，名称一经登记后，即受到法律的保护，并具有了独占使用的效力。

(3) 名称变更权，名称在使用的过程中，其所有人当然可以依法予以变更，但变更未经公示，不得对

抗第三人。

(4) “名称转让权”是名称权中最具特色的内容。我国《民法通则》规定,企业法人、个体工商户、个人合伙都有权依法转让自己的名称。

### 真题示例

(2007-3-22) 某媒体未征得艾滋病孤儿小兰的同意,发表了一篇关于小兰的报道,将其真实姓名、照片和患病经历公之于众。报道发表后,隐去真实身份开始正常生活的小兰再次受到歧视和排斥。下列哪一选项是正确的?

- A. 该媒体的行为不构成侵权
- B. 该媒体侵犯了小兰的健康权
- C. 该媒体侵犯了小兰的姓名权
- D. 该媒体侵犯了小兰的隐私权

答案: D。

**解析:** 健康权是指自然人依法享有的保持其自身及其器官以及身体整体的功能安全为内容的人格权,本题中媒体对小兰的报道并未侵害到小兰的健康,因此 B 项错误。姓名权是自然人依法享有的决定、使用、改变自己姓名并排除他人侵害的权利。根据《民法通则》第 99 条第 1 款规定,本题中媒体的行为不构成“干涉、盗用、假冒”,未侵犯小兰的姓名权,因此 C 项错误。隐私权是指自然人不愿公开或让他人知悉个人秘密的权利。媒体的报道公开了小兰的隐私,对其造成了较大的损害,构成了对其隐私权的侵犯。因此 A 项错误, D 项正确。

### 重点法条

第一百条 公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。

#### 【关联法条】

#### 《民通意见》

139. 以营利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。

### 法条精解

1. 肖像权就是自然人所享有的对自己的肖像上所体现的人格利益为内容的一种人格权。公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。

2. 肖像权的内容: 公民对于自己的肖像,有制作和使用的专有权,除非经过本人或法定代理人的同意,或有法律规定,不得擅自制作或使用他人的肖像;公民有权禁止他人非法侮辱自己的肖像。侵犯肖像的行为,体现在没有法律根据,又未经本人同意,擅自制作或使用他人肖像的行为,包括侮辱性地使用他人肖像的行为。基于法律和社会公共利益的需要而制作、使用公民的肖像,并非侵权行为。

肖像权的主要内容包括了肖像制作权、肖像完整维护权和肖像使用权三个方面。

(1) 所谓肖像制作权,就是指自然人决定是否可以制作,包括以何种手段来制作自己肖像的权利。

(2) 所谓肖像完美维护权,即自然人有权维护自己肖像的完美性并有权禁止他人的毁坏、歪曲及玷污行为。

(3) 所谓肖像使用权,即自然人有权决定对自己的肖像是否可以使用,如何进行使用,由何人以何种方式予以使用,以及使用肖像的目的等问题。

### 真题示例

1. (2008-3-15) 赵某系全国知名演员,张某经多次整容后外形酷似赵某,此后多次参加营利性模仿秀表演,承接并拍摄了一些商业广告。下列哪一选项是正确的?

- A. 张某故意整容成赵某外形的行为侵害了赵某的肖像权
- B. 张某整容后参加营利性模仿秀表演侵害了赵某的肖像权
- C. 张某整容后承接并拍摄商业广告的行为侵害了赵某的名誉权
- D. 张某的行为不构成对赵某人格权的侵害

答案: D。

**解析:** 根据《民法通则》第 100 条规定,张某无论是整容与表演都是使用自己的肖像,而没有直接或间接的使用赵某的肖像,因此,不构成对赵某肖像权的侵害, A、B 项错误,不选。名誉权是指公民或法人



对自己在社会生活中所获得的社会评价即自己的名誉，依法所享有的不可侵犯的权利。本案中，张某在承接并拍摄商业广告时，并未使用赵某的名义，也并未对赵某在品德、才干、信誉等在社会中所获得的社会评价造成侵害，因此，也不构成侵犯赵某名誉权，C项错误，不选。因此，本题的正确答案是D。

2. (2009-3-24) 朴某系知名美容专家。某医院未经朴某同意，将其作为医院美容专家在医院网站上使用了朴某照片和简介，且将朴某名字和简介错误地安在了其他专家的照片旁。下列哪一说法是正确的？

- A. 医院未侵犯朴某的姓名权
- B. 医院未侵犯朴某的肖像权
- C. 医院侵犯了朴某的肖像权和姓名权
- D. 医院侵犯了朴某的荣誉权

答案：C。

解析：根据《民法通则》第99条和《民通意见》第141条规定，某医院盗用了朴某的名字，属于对朴某姓名权的侵犯。因此，A项错误。《民通意见》第139条规定，某医院以营利为目的，擅自用朴某的肖像在网站上为自己做宣传的行为侵犯了朴某的肖像权。因此，B项错误。综合对A、B两项的解释可知，某医院既侵犯了朴某的姓名权，也侵犯了朴某的肖像权。因此，C项正确。荣誉权是指公民、法人或其他组织所享有的，因自己的突出贡献或特殊劳动成果而获得光荣称号或其他荣誉的权利。根据《民法通则》第102条规定，某医院并没有对朴某的荣誉称号进行非法剥夺等行为，不构成对朴某荣誉权的侵犯。因此，D项错误。

## 重点法条

第一百零一条 公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

140. 以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。

以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉，给法人造成损害的，应当认定为侵害法人名誉权的行为。

## 法条精解

### 1. 名誉权

名誉权是公民、法人享有的维护自己获得的公正的社会评价的权利。公民法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。另外，损害死者的名誉，死者的近亲属可以作为原告起诉。

### 2. 名誉权具有的法律特征

(1) 名誉权的主体包括所有的民事主体。

(2) 名誉权的客体是名誉利益。这种名誉利益是与民事主体就自身属性和价值所获得的社会评价和自我评价有关的合法权益。

(3) 名誉权不具有直接的财产内容，但与财产利益有紧密联系。

### 3. 名誉权的具体内容

(1) 名誉保有权利，是指民事主体可以通过自己的活动来使自己的名誉处于最佳状态。包括民事主体为了保持自己的名誉不降低或不受损，凭借自己的各种行动来改进自己的名誉状态，而且他人对此不得非法干预。

(2) 名誉维护权，是指名誉权人对于任何侵害自己名誉权的行为，都可以要求司法机关对侵权人予以民事制裁，并要求司法机关责令侵权人赔偿自己因此而遭受的损失的权利。这无疑是名誉权中最重要的内容。

(3) 名誉利益支配权，即名誉权人对于名誉权所体现出来的利益所享有的支配权，即民事主体可以利用自己良好的名誉，在与其他人进行政治、经济、文化等方面的交往中，为自己谋取合法的利益。当然任何权利的行使均有限制，依一般人身权理论，名誉权人不得将名誉利益任意抛弃，也不得转让，更不能继承。简单地讲，名誉是一个人的特定的社会形象，名誉权是法律赋予公民和法人的、为了维护社会对自身属性的综合评价的一种民事权利。

### 4. 名誉侵权的类型

最常见的主要是两种情况，一种是“侮辱”，另一种是“诽谤”。



(2006-3-13) 某市国土局一名前局长、两名前副局长和一名干部因贪污终审被判有罪。薛某在当地晚报上发表一篇报道，题为“市国土局成了贪污局”，内容为上述四人已被法院查明的主要犯罪事实。该国土局、一名未涉案的副局长、被判缓刑的前局长均以自己名誉权被侵害为由起诉薛某，要求赔偿精神损害。下列哪种说法是正确的？

- A. 三原告的诉讼主张均能够成立
- B. 国土局的诉讼主张成立，副局长及前局长的诉讼主张不能成立
- C. 国土局及副局长的诉讼主张成立，前局长的诉讼主张不能成立
- D. 三原告的诉讼主张均不能成立

答案：D。

解析：公民、法人的名誉权受到伤害，可以要求侵权人承担侵权责任。对于自然人而言，其名誉权受到侵害，造成精神损害的，可以要求精神损害赔偿。而法人则没有精神损害的存在，所以其名誉权受到侵害也不得要求精神损害赔偿。根据《民法通则》第101条规定，薛某在当地晚报上发表一篇报道，内容是法院查明的主要犯罪事实，这种行为是公民正常行使言论自由权，不属于侮辱和诽谤，所以不构成侵犯名誉权。其将题目定为“市国土局成了贪污局”有不妥之处，市国土局可以要求其变更题目或赔礼道歉、消除影响，但没有请求精神损害赔偿的权利。所以A、B、C三个选项都是错误的，而D选项“三原告的诉讼主张均不能成立”是正确的。

### 重点法条

#### 《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》

第一条 自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：

- (一) 生命权、健康权、身体权；
- (二) 姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；
- (三) 人格尊严权、人身自由权。

违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

第二条 非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，监护人向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

第三条 自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：

- (一) 以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉；
- (二) 非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私；
- (三) 非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。

第四条 具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

第五条 法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。

第六条 当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。

第七条 自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。

第八条 因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

因侵权致人精神损害，造成严重后果的，人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、





赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。

## 法条精解

### 1. 一般规定

自然人的具体人格权受到侵害的，自然人得提起精神损害赔偿。另外，在自然人的一般人格权受到侵害时，自然人也可以提起精神损害赔偿。

### 2. 受害人可以请求精神损害赔偿的具体情形

(1) 公民的生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、人格尊严权、人身自由权受到非法侵害时，可以依法请求赔偿精神损害。

(2) 违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或其他人格权利的，受害人有权依法请求赔偿精神损害。如宣扬别人婚恋生活，在新婚夫妻房间安装监视设备，私自拆开他人信件了解他人的秘密等都属于违反社会公德侵害他人隐私的行为，受害人可以要求侵权人赔偿精神损害。

(3) 公民去世后，其姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等人格权利受到非法侵害，使死者近亲属遭受精神痛苦的，死者的近亲属可以依法请求赔偿精神损害。

(4) 监护权受到侵害引起精神损害的，受害人可以请求赔偿精神损害。

需要注意的是，对这些精神损害赔偿的诉讼请求应在人身权利受到侵害时，和其他诉讼请求一并提出，如果没有其他诉讼请求，也可以单独提起赔偿精神损害，否则就会丧失请求权。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第6条规定，当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。

### 3. 精神损害赔偿责任的承担方式

造成他人精神损害且后果严重的，受害人根据侵权行为的性质和造成后果的情况，有权要求侵权人承担以下五种责任：一是要求侵权人停止侵害；二是要求侵权人恢复名誉；三是要求侵权人消除影响；四是要求侵权人赔礼道歉；五是要求侵权人赔偿精神损害抚慰金。精神损害抚慰金就是我们平常所说的精神损失费。在致残疾的案件中，精神抚慰金叫残疾赔偿金，在致人死亡案件中，精神抚慰金叫死亡赔偿金。

我国《民法通则》第120条中规定，“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并可以要求赔偿损失”。从该条规定中可见，精神损害赔偿具有补偿、安慰和惩罚三种功能。经济赔偿固然是满足受害人人身及精神需要的重要手段，但并不是唯一的手段，适用恢复名誉、赔礼道歉等非财产责任方式，同样具有对精神损害的安抚作用。

## 重点法条

第一百零六条 公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。

公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。

没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。

## 法条精解

1. 承担民事责任的基础：根据本条规定，在违约、侵权、违反法定义务等情形下，违约方，侵权方，违反法定义务的一方应当承担民事责任。

### 2. 侵权行为的归责原则

所谓归责原则，指确定行为人民事责任的根据和标准。侵权行为的归责原则，总的来说有过错责任原则、无过错责任原则、公平责任三种。

具体说来：

(1) 过错责任原则指，以当事人的主观过错为构成侵权行为的必备要件的归责原则。

(2) 无过错责任指，不以当事人的主观过错为构成侵权行为的必备要件的归责原则，即不论当事人在主观上有没有过错，都应承担民事责任。

(3) 公平责任原则指，对于损害的发生双方当事人都没有过错，且不能够适用无过错责任原则，可是受害人遭受的损失如果不予以补偿显然不公平的情况下，由人民法院根据具体情况，要求双方当事人公平分担损失的原则。



(2003-3-33) 王某买票乘坐某运输公司的长途车, 开车司机为钱某。长途车行驶中与朱某驾驶的車輛相撞, 致王某受伤。经认定, 朱某对交通事故负全部责任。下列哪些说法是正确的?

- A. 王某可以向朱某请求侵权损害赔偿
- B. 王某可以向运输公司请求违约损害赔偿
- C. 王某可以向钱某请求侵权损害赔偿
- D. 王某可以向运输公司请求侵权损害赔偿

答案: ABD。

解析: 根据《民法通则》第106条规定, 朱某对交通事故负全部责任, A正确。根据《合同法》第302条规定, 王某受伤不是其自身的健康原因造成的, 也不是故意、重大过失造成的, 所以依法承运人即运输公司应当承担违约责任, B项正确。根据《合同法》第122条规定, 运输公司的违约对于王某造成了损害, 故王某可以请求其承担侵权责任。D正确。而钱某对王某的损害没有过错, 并且作为运输公司的雇员, 其不是客运合同的当事人, 故不承担侵权责任, C错误。

## 重点法条

第一百三十二条 当事人对造成损害都没有过错的, 可以根据实际情况, 由当事人分担民事责任。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

155. 因堆放物品倒塌造成他人损害的, 如果当事人均无过错, 应当根据公平原则酌情处理。

156. 因紧急避险造成他人损失的, 如果险情是由自然原因引起, 行为人采取的措施又无不当, 则行为人不承担民事责任。受害人要求补偿的, 可以责令受益人适当补偿。

157. 当事人对造成损害均无过错, 但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的, 可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。

#### 《合同法》

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的, 应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

## 法条精解

### 1. 公平责任原则的概念

所谓公平责任原则, 是指双方当事人在对损害的形成都没有过错的情况之下, 鉴于法律没有适用“无过错原则”的有关规定, 法院在考虑了当事人的财产状况和其他因素的基础上, 责令加害人对受害人的财产损失给予适当补偿的一种处理办法。

### 2. 适用公平责任的条件

(1) 加害人的行为与受害人之损害存在因果关系。这是公平责任原则适用的首要条件。只有在加害人之行为与受害人之损害存在因果关系时, 才能适用公平责任原则。并且, 在受害人之损害由多个原因造成时, 加害人的行为必须为损害的主要原因、直接原因或必然原因, 若加害人的行为为受害人损害后果之次要原因、间接原因或偶然原因, 则不能适用公平责任原则。若加害人致受害人较轻损害后, 第三人行为介入引起了加重的损害后果, 此时对于加重的损害后果, 亦不能在加害人和受害人之间适用公平责任原则。这是因为公平责任原则的基础本身就不是加害人行为的违法性, 加害人之行为并不受法律或道德的否定评价, 不能让加害人承担过重的责任。

(2) 加害人和受害人对损害结果的发生均无过错。

(3) 此种损害行为法律未规定适用无过错责任原则。加害人和受害人虽均无过错, 但若法律规定了此种类型的加害行为适用无过错责任原则, 则此加害行为属于特殊侵权行为, 应承担侵权责任, 不能适用公平责任原则。

(4) 若加害人不承担民事责任, 则显失公平。当加害人、受害人对损害发生均无过错时, 加害人不应承担侵权责任, 但若固守此信条, 有时会产生不公平的结果。为体现公平、正义之法律价值, 当加害人不承担责任对受害人而言显失公平时, 应当让加害人承担适当的民事责任, 以实现法律的救济功能。



(5) 主要适用于财产损害赔偿。

## 真题示例

(2006-3-11) 甲忘带家门钥匙, 邻居乙建议甲从自家阳台攀爬到甲家, 并提供绳索以备不测, 丙、丁在场协助固定绳索。甲在攀越时绳索断裂, 从三楼坠地致重伤。各方当事人就赔偿事宜未达成一致, 甲诉至法院。下列哪种说法是正确的?

- A. 法院可以酌情让乙承担部分赔偿责任
- B. 损害后果应由甲自行承担
- C. 应由乙承担主要责任, 丙、丁承担补充责任
- D. 应由乙、丙、丁承担连带赔偿责任

答案: A。

解析:《民法通则》第132条规定, 当事人对造成损害都没有过错的, 可以根据实际情况, 由当事人分担民事责任。本题中, 乙、丙、丁对于甲的损害都没有过错, 而甲是听从乙的建议行动, 并且所用的绳索也是乙提供的, 因此可酌情让乙承担部分赔偿责任。

## 重点法条

第一百零七条 因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的, 不承担民事责任, 法律另有规定的除外。

### 【关联法条】

#### 《合同法》

第一百一十七条 因不可抗力不能履行合同的, 根据不可抗力的影响, 部分或者全部免除责任, 但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的, 不能免除责任。

本法所称不可抗力, 是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

## 法条精解

### 1. 不可抗力的概念

是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

### 2. 不可抗力的构成要件

(1) 不可预见性。所谓不可预见性, 是指当事人在订立合同时, 对不可抗力事件是否会发生不能预见。判断合同当事人能否预见应采取主、客观相结合的标准。

(2) 不可避免性。不可避免性, 是指当事人对于可能出现的意外情况尽管采取了及时合理的措施, 但是客观上并不能阻止这一情况的发生。如果一事件的发生虽然不可预见, 但其发生完全可以当事人及时合理的作为而避免, 则不属于不可避免。

(3) 不可克服性。所谓不可克服性, 是指合同当事人对于事件的发生不可能抵御, 即在事件发生后即使已经尽到最大的努力仍不能克服事件造成的损害后果, 使合同得以履行。

(4) 客观性。不可抗力为客观情况。所谓客观情况是指外在于人的行为的客观情况。构成不可抗力的事件还必须是债务人自身原因之外的事件, 否则债务人的责任不能被免除。

### 3. 不可抗力的效力

不可抗力原则上可以作为民事责任的免责事由, 但是, 应该注意的一点是: 不可抗力并非所有侵权行为的免责事由, 比如在当事人迟延后发生的不可抗力, 不能免责。

## 重点法条

第一百零九条 因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的, 由侵害人承担赔偿责任, 受益人也可以给予适当的补偿。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

142. 为了维护国家、集体或者他人合法权益而使自己受到损害, 在侵害人无力赔偿或者没有侵害人的情况下, 如果受害人提出请求的, 人民法院可以根据受益人受益的多少及其经济状况, 责令受益人给予适当补偿。



157. 当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十五条 为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害，因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力，赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的，人民法院应予支持。

### 法条精解

见义勇为责任，是赔偿权利人为了维护他人（这里的他人是指除自己以外的自然人、法人或者其他组织）的合法权益而使自己受到损害（包括人身与财产损害），在没有侵害人、无法确定侵害人以及侵害人没有能力赔偿这三种情况下，受益人应在其受益的范围内承担补偿责任。所以见义勇为责任是一种补偿责任，而不是赔偿责任，责任主体是发生一般侵权行为当事人以外的第三人（受益人）。

《民法通则》第109条是对见义勇为情形下责任承担的规定，见义勇为为人遭受损害的，首先应由侵害人负责赔偿，但在侵害人无力赔偿或无侵害人的情况下，受益人应予适当补偿。

### 重点法条

第一百二十一条 国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。

#### 【关联法条】

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第八条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员，在执行职务中致人损害的，依照民法通则第一百二十一条的规定，由该法人或者其他组织承担民事责任。上述人员实施与职务无关的行为致人损害的，应当由行为人承担赔偿责任。

属于《国家赔偿法》赔偿事由的，依照《国家赔偿法》的规定处理。

### 法条精解

#### 1. 职务侵权行为的概念

所谓职务侵权行为是指职务行为的实施侵害了第三人的合法权益，对第三人构成侵权的职务行为。

#### 2. 职务侵权行为的构成要件

（1）行为人的行为构成对第三人的侵权。行为人对第三人造成损害的行为符合侵权行为的要件，一般情况下包括行为的违法性、损害后果、行为和损害的因果关系、行为人的过错四个要件，但在特殊侵权的情况下，是过错推定或者无过错、免责条件等需要具体问题具体分析。

#### （2）该行为应为行为人执行职务的行为

对于行为人的哪些侵权行为属于职务侵权行为，即如何认定行为人“执行职务”呢？一般认为，职务侵权行为的认定，必须以组织的主观意思为基础，即围绕组织赋予行为人的职务要求，在执行职务过程中与执行职务具有适当关联性的合理范围内都应予以考虑。

#### 3. 职务侵权的类型

公民、法人或其他组织因遭受国家机关及其工作人员的职务侵权行为，可以要求赔偿的范围包括两大类：一是因行政违法行为要求的行政赔偿；二是因侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员的违法行为要求的刑事赔偿。这两类属于国家赔偿范围，依照《国家赔偿法》的规定处理，不能适用普通民事赔偿程序。

#### 4. 职务侵权行为的责任承担

国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。国家机关、法人或者其他组织在承担民事责任之后，可以责令有故意或者重大过失的执行职务行为的工作人员承担相应的责任。对于职务侵权行为，受害人无须证明行为人的主观过错，只需证明职务行为本身违法、不当，或者存在危险性。

### 真题示例

（2009-3-69）某机关法定代表人甲安排驾驶员乙开车执行公务，乙以身体不适为由拒绝。甲遂临时





安排丙出车，丙在途中将行人丁撞成重伤。有关部门认定丙和丁对事故的发生承担同等责任。关于丁人身损害赔偿责任的承担，下列哪些表述是错误的？

- A. 甲用人不当应当承担部分赔偿责任
- B. 乙不服从领导安排应当承担部分赔偿责任
- C. 丙有过错应当承担部分赔偿责任
- D. 该机关应当承担全部赔偿责任

答案：ABCD。

解析：本题考核职务侵权的责任承担问题。

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第8条第1款规定，丙是在执行职务过程中将丁撞伤，应由机关单位对丁的损害程度赔偿责任，与甲、乙、丙不需要承担赔偿责任。因此，ABC 错误。另外，经有关部门认定，丙和丁对事故的发生承担同等责任，即丙所在的机关单位仅需要承担全部责任的一半，而非全部责任，另外一半由受害人丁自负。因此，D 项错误。

重点法条

第一百二十二条 因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。

【关联法条】

《民通意见》

153. 消费者、用户因为使用质量不合格的产品造成本人或者第三人人身伤害、财产损失的，受害人可以向产品制造者或者销售者要求赔偿。因此提起的诉讼，由被告所在地或侵权行为地人民法院管辖。

运输者和仓储者对产品质量负有责任，制造者或者销售者请求赔偿损失的，可以另案处理，也可以将运输者和仓储者列为第三人，一并处理。

《产品质量法》

第四十条 售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：

- (一) 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；
- (二) 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；
- (三) 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者（以下简称供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。

销售者未按照第一款规定给予修理、更换、退货或者赔偿损失的，由产品质量监督部门或者工商行政管理部门责令改正。

生产者之间，销售者之间，生产者与销售者之间订立的买卖合同、承揽合同有不同约定的，合同当事人按照合同约定执行。

第四十一条 因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。

生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：

- (一) 未将产品投入流通的；
- (二) 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；
- (三) 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

第四十二条 由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。

第四十三条 因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品的销售者赔偿的，产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任，产品的生产者赔偿的，产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

## 1. 产品责任的概念

产品责任又称产品侵权损害赔偿 responsibility, 是指因产品有缺陷造成他人财产、人身损害, 产品制造者、销售者所应承担的民事责任。产品责任这一概念有广义与狭义两种理解, 广义的理解既包括产品有缺陷致人损害所应承担的民事责任(侵权责任), 也包括产品质量不合格所引起的不当履行合同的责任(违约责任); 狭义的理解仅指侵权责任。

## 2. 产品责任的性质

我国民法学者一般认为产品责任是一种特殊的侵权责任。产品责任作为一种特殊侵权责任, 具有两层含义:

## (1) 它是一种侵权责任而不是一种违反合同的责任。

我国的产品责任是独立于违约责任的一种侵权责任。它不以加害人与受害人之间存在合同关系为前提, 而是基于产品缺陷造成他人损害这一事实而产生的, 它是对法律(或说法定义务)的直接违反而产生的法律责任。因此, 无论是与缺陷产品的生产者或销售者有直接合同关系的消费者、用户, 还是其他第三人因使用缺陷产品造成人身伤害或财产损失, 受害人均可要求赔偿。

## (2) 它是一种特殊侵权责任而不同于其他一般侵权责任。

其特殊性主要表现在归责原则的适用方面。普通侵权责任适用过错责任原则, 而作为特殊侵权责任的产品责任, 则大多适用无过错责任或公平责任的归责原则, 受害人无须证明加害人有无过错, 而只需要证明产品的缺陷、损害、有缺陷的产品之使用与损害之间的因果关系。

## 3. 产品责任的分类

产品责任一般分为两类:

(1) 生产者应当承担的产品责任。即产品存在缺陷, 造成人身或者除缺陷产品以外的其他财产损失后, 缺陷产品的生产者应当承担的赔偿责任。

(2) 销售者应当承担的产品责任。即由于销售者的过错, 使产品存在缺陷造成人身或者除缺陷产品以外的其他财产损失后, 销售者应当承担的赔偿责任。

## 4. 产品责任的承担

因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的, 产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的, 产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。

## 5. 产品责任的免责事由

产品生产者的免责事由有三项: ①未将产品投入流通的; ②产品投入流通时, 引起损害的缺陷尚不存在的; ③将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷存在的。同时法律规定, 由于受害人的故意造成损害的, 生产者、销售者不承担赔偿责任。由于受害人的过失造成损害的, 可以减轻生产者、销售者的赔偿责任。

## 重点法条

第一百二十三条 从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的, 应当承担民事责任; 如果能够证明损害是由受害人故意造成的, 不承担民事责任。

## 【关联法条】

## 《民通意见》

154. 从事高度危险作业, 没有按有关规定采取必要的安全防护措施, 严重威胁他人人身、财产安全的, 人民法院应当根据他人的要求, 责令作业人消除危险。

## 法条精解

## 1. 高度危险作业的概念

所谓高度危险作业是指对周围环境具有较高危险性的活动。根据《民法通则》的规定, 高度危险作业包括高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等, 这些作业都对周围环境有高度危险性。

## 2. 高度危险作业的认定

高度危险作业的认定, 必须具备以下几个条件:

## (1) 必须是对周围环境有危险的作业(这里的周围环境是指人们的财产或人身的安全状态)。





(2) 必须是在活动过程中产生危险性的作业。当高度危险作业的客体没有被投入营运活动时,只是作为一种静止的物体存在,一般不会对周围环境产生危险,即使造成损害,也不属于该种责任。

(3) 必须是需要采取一定的安全方法,才能进行活动的作业。高度危险作业是在活动过程中产生高度危险性的,因此只有采取一定的安全方法进行活动,才能够控制活动中产生的危险,减少损害发生的概率。反之,若不采取一定的安全措施,就会大大地增加危险性。这也决定了法律对此类活动在程序上有着严格的规定,或对此类活动有特殊的要求,赋予特别的责任。

### 3. 高度危险作业致人损害的责任构成

(1) 造成了损害后果,是指因从事高度危险作业而造成的他人人身或财产的损害;

(2) 这种高度危险作业与损害后果之间有因果关系。

### 4. 高度危险作业的免责事由

高度危险作业的担责,应是作业人没有免责事由。根据《民法通则》的规定,从事高度危险作业造成他人损害的,如果损害不是受害人故意造成的,作业人就应承担责任。但如果损害仅因受害人的过失引发的,则从事高度危险作业者仍应承担责任,因为损害发生的根本原因仍在于作业的高度危险性。

## 重点法条

第一百二十五条 在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的,施工人应当承担民事责任。

## 法条精解

### 1. 地面施工致人损害的赔偿的概念

因在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等,没有设置明显标志和采取安全措施而造成他人损害,施工人应当依法承担的民事责任。

### 2. 地面施工致人损害赔偿的构成要件

(1) 在公共场所、道旁或通道上进行地下施工

公共场所、道旁或通道是公众经常聚集、活动和通行的地点。在这些地方施工有致人损害的潜在危险,为保护公众的安全,有必要对施工人予以特殊的要求。地下施工是指进行挖坑、掘井、埋设地下设施等会改变原来地形地貌的施工。

(2) 没有设置明显标志和采取安全措施

因在公开场所等地施工危险性大,所以法律规定施工人应设置明显标志和采取安全措施。如果施工人没有这样做,就违反了其应作为的法定义务。

(3) 有损害事实

损害包括人身损害和财产损害。

(4) 损害与没有设置明显标志、没有采取安全措施之间有因果关系

损害是因为施工人没有设置明显标志和采取安全措施造成的,才能构成地下施工致人损害的民事责任。如果损害是由施工人的作为违法造成的,不能使用此责任。

### 3. 地面施工致人损害赔偿责任的免责条件

根据《民法通则》第125条的规定,如果施工人能证明他已设置明显标志和采取了安全措施,并且该标志和安全措施在损害发生时仍可发挥作用,才可不承担责任。因为在这种情况下发生的损害,一般是由受害人的故意或重大过失造成的,如果施工人虽然设置明显标志和采取安全措施,但是由于第三人的行为或者自然原因标志和安全措施被破坏,致使受害人在明显标志和安全措施欠缺的情况下遭受损害,施工人不能免责。施工人应首先向受害人承担民事责任,然后向第三者追偿。

## 真题示例

(2007-3-18) 甲公司铺设管道,在路中挖一深坑,设置了路障和警示标志。乙驾车撞倒全部标志,致丙骑摩托车路经该地时避让不及而驶向人行道,造成丁轻伤。对丁的损失,下列哪一选项是正确的?

- A. 应由乙承担赔偿责任
- B. 应由甲和乙共同承担赔偿责任
- C. 应由乙和丙共同承担赔偿责任

D. 应由甲、乙和丙共同承担赔偿责任

答案：A。

解析：《民法通则》第125条适用的侵权责任归责原则是过错推定责任原则，甲只要能够证明自己已经设置了明显标志、采取了安全措施，那么甲就可以免责。本题中，因为甲已经设置了路障和警示标志，所以甲是免责的；而乙因为过错撞倒全部标志，所以乙应该承担赔偿责任；丙没有过错，不用承担责任，所以答案A是正确的。

### 重点法条

第一百二十六条 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。

#### 【关联法条】

#### 《民通意见》

155. 因堆放物品倒塌造成他人损害的，如果当事人均无过错，应当根据公平原则的酌情处理。

#### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十六条 下列情形，适用民法通则第一百二十六条的规定，由所有人或者管理人承担赔偿责任，但能够证明自己没有过错的除外：

- (一) 道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的；
- (二) 堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的；
- (三) 树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的。

前款第(一)项情形，因设计、施工缺陷造成损害的，由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。

### 法条精解

#### 1. 物件致人损害的责任的概念

根据《民法通则》第126条的规定。物件致人损害的民事责任是指，建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担的民事责任。

#### 2. 物件致害责任的三种类型

- (1) 人工构筑物致害责任。这种责任也叫作公共营造物致害责任；
- (2) 堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害；
- (3) 树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害。

#### 3. 物件致害民事责任的构成要件

- (1) 存在建筑物或其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落的事实。
- (2) 建筑物或其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物的倒塌、脱落、坠落造成了他人的损害。首先，存在他人受损害的事实。这种损害后果包括人身伤害和财产伤害。其次，损害事实与建筑物或其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物倒塌、脱落、坠落之间具有因果关系，即后者是前者的原因。它可以是直接原因，也可以是间接原因。

#### 4. 物件致人损害民事责任的承担

(1) 道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的，由所有人或者管理人承担责任。但是如果公共构筑物造成他人损害，是由于公共营造物设计、施工缺陷的，由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。

(2) 堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的，所有人或者管理人承担责任。

(3) 树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的，树木所有人、管理人承担责任。

#### 5. 物件致人损害民事责任的抗辩事由

一般说来，物件致人损害的抗辩事由主要有：不可抗力，受害人过错，第三人过错。

### 真题示例

(2009-3-54) 甲、乙、丙按不同的比例共有一套房屋，约定轮流使用。在甲居住期间，房屋廊檐脱落砸伤行人丁。下列哪些选项是正确的？





A. 甲、乙、丙如不能证明自己没有过错，应对丁承担连带赔偿责任

B. 丁有权请求甲承担侵权责任

C. 如甲承担了侵权责任，则乙、丙应按各自份额分担损失

D. 本案侵权责任适用过错责任原则

答案：ABCD。

解析：本题考核按份共有的责任承担及其特殊侵权的规则原则。

根据《民法通则》第126条规定可知，对于建筑物发生脱落致人损害的，它的所有人或管理人承担过错推定责任。过错推定责任仍以过错作为承担责任的基础，它不是一项独立的归责原则，只是过错责任原则的一种特殊形式，因此，D项正确。另外，根据《物权法》第102条可知，按份共有对共有物产生的债务责任上，对外承担的是连带责任，对内才按份分担。本案中，甲乙丙虽然按份共有一套房屋，但是对该房屋对第三人造成的侵权，甲乙丙对外承担连带责任。受害人丁有权选择他们中任何一人承担责任，也有权同时选择他们三者一起承担责任。如果甲承担了侵权责任，则可以根据法律的规定向乙丙追偿，让他们按照各自的份额分担应有的损失。因此，ABC项也正确。

## 重点法条

第一百二十七条 饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。

## 法条精解

### 1. 动物致人损害侵权行为的概念

饲养动物致人损害的侵权行为，是指因饲养的动物造成他人人身或财产损害而依法由动物饲养人或管理人承担损害赔偿责任的行為。

### 2. 动物致人损害侵权行为的构成要件

(1) 致害动物是饲养的动物。饲养的动物一方面是其所有人的财产；另一方面由于其可以独立行动，有可能对他人的身或财产造成损害。动物的饲养者对自己饲养动物承担赔偿责任，可以督促饲养人或管理人加强对动物的管理，避免损害的发生。如果不是人工饲养的动物，或人工饲养的动物已经逃逸很久，回复至野生状态，则不适用此种特殊侵权责任。

(2) 饲养动物对他人造成了损害。饲养的动物对他人的损害包括人身损害或财产损害。有一点我们应当注意，动物的致害行为是动物基于本能而為的行为，无论是其自主加害还是受刺激加害均构成加害行为。

(3) 动物的加害行为与损害事实之间有因果关系。饲养动物致人损害的应为无过错责任，只要发生了饲养动物致人损害的后果，饲养人或管理人就应当承担民事责任。这一方面是因为饲养人是饲养动物的获益者，另一方面饲养人或管理人更了解其饲养动物的习性，更容易防范损害的发生。如果适用过错责任，难免加重了受害人的注意义务，使受害人处于不合理的地位，有失公平。

### 3. 动物致人损害民事责任的承担

依据我国《民法通则》第127条的规定，我国动物致人损害的民事责任由动物的饲养人或管理人承担。

### 4. 动物致人损害的抗辩事由

根据我国《民法通则》第127条的规定，动物致人损害的抗辩事由有：

(1) 受害人的过错。受害人的过错从因果关系的角度上讲，主要有两种情况：一是受害人的过错为动物致损的前置原因，即受害人本来能够避免使自己遭受动物的损害，但他没有尽到保护自己应有的注意而受损害；二是受害人在动物致损后由于未尽到保护自己应有的注意而引起损害发生的扩大。

(2) 第三人的过错。第三人的过错是指受害人和动物占有人以外的人对动物造成的损害有过错。

(3) 其他事由。比如动物的占有人也可以“依法执行职务”或“受害人同意”等为抗辩事由。

## 真题示例

1. (2009-3-70) 甲饲养的一只狗在乙公司施工的道路上追咬丙饲养的一只狗，行人丁避让中失足掉入施工形成的坑里，受伤严重。下列哪些说法是错误的？

A. 如甲能证明自己没有过错，不应承担对丁的赔偿责任



- B. 如乙能证明自己没有过错, 不应承担对丁的赔偿责任
- C. 如丙能证明自己没有过错, 不应承担对丁的赔偿责任
- D. 此属意外事件, 甲、乙、丙均不应承担对丁的赔偿责任

**答案:** ACD。

**解析:** 本题考核特殊侵权行为的责任承担问题。

根据《民法通则》第 127 条可知, 动物侵权的情况下, 适用的是无过错责任, 而非过错推定责任。只有动物的饲养人或管理人能够证明是受害人自己的过错或第三人的过错导致的损害, 才能免责。因此, A、C 项错误。根据《民法通则》第 125 条可知, 因地面施工而造成的侵权, 采用的是过错推定的归责原则, 如果施工人能够证明自己已经设置了明显的标志和采取了安全措施, 即不具有过错, 对第三人造成的损害不承担赔偿责任。因此, B 项正确。意外事件是指行为在客观上造成了损害, 但是行为人在主观上既没有故意也没有过失, 而是由于不可抗拒或者不能预见的原因造成的。本题中动物侵权与地面施工造成的侵权属于特殊侵权的范围, 而非意外事件。因此, D 项错误。

2. (2005-3-2) 甲将数箱蜜蜂放在自家院中槐树下采蜜。在乙家帮忙筹办婚宴的丙在帮乙喂猪时忘关猪圈, 猪冲入甲家院内, 撞翻蜂箱, 使来甲家串门的丁被蜇伤, 经住院治疗痊愈。下列哪一种说法是正确的?

- A. 甲应对丁的医疗费用承担全部民事责任
- B. 乙应对丁的医疗费用承担全部民事责任
- C. 丙应对丁的医疗费用承担全部民事责任
- D. 乙和丙应对丁的医疗费用承担连带责任

**答案:** B。

**解析:** 根据《民法通则》第 127 条规定, 来甲家串门的丁被蜇伤是由于第三人的过错, 甲作为蜜蜂饲养人, 不承担民事责任, 可见 A 项说法错误。丁被蜇伤是由丙的过错造成, 但由于丙是猪的饲养人和管理人的乙所请的帮工, 后由乙承担丁被蜇而花费的全部医疗费用。据此, B 项说法正确; C 项与 D 项说法错误。

## 重点法条

第一百二十八条 因正当防卫造成损害的, 不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度, 造成不应有的损害的, 应当承担适当的民事责任。

## 法条精解

### 1. 正当防卫的概念

正当防卫, 是指当公共利益、本人或者他人的人身、财产或者其他利益遭受到不法侵害时, 行为人所采取的一种防卫措施。

### 2. 正当防卫作为抗辩事由应具备的条件

(1) 防卫必须以侵害行为的存在为前提, 即只有在不法侵害实际发生的情况下, 才能实行正当防卫。不法侵害的对象既可以是防卫人本人, 也可以是第三人或社会公共利益。对尚未发生或者已经结束的不法侵害实施防卫的, 则构成侵权。

(2) 防卫必须是针对非法的、不进行防卫就不能排除的侵害行为实施的。

(3) 防卫须对不法侵害人本人实施。

(4) 防卫是为了保护本人、他人或社会公共利益免受正在实施的不法行为的侵害。

(5) 防卫不得超过必要的限度。

### 3. 防卫过当的责任

正当防卫超过必要的限度, 造成不应有的损害的, 应当承担适当的民事责任。

## 重点法条

第一百二十九条 因紧急避险造成损害的, 由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的, 紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度, 造成不应有的损害的, 紧急避险人应当承担适当的民事责任。



## 【关联法条】

### 《民通意见》

156. 因紧急避险造成他人损失的, 如果险情是由自然原因引起, 行为人采取的措施又无不当, 则行为人不承担民事责任。受害人要求补偿的, 可以责令受益人适当补偿。

## 法条精解

### 1. 紧急避险的概念

紧急避险, 是指为了使社会公共利益、本人或者他人的合法权益, 免受现实的损害危险导致的更大损害, 行为人不得已而采取的对本人或他人的人身或财产权益造成损害的行为。

### 2. 紧急避险作为抗辩事由应具备的条件

(1) 危险具有现实性。紧急避险中的危险正在进行, 处于继续状态, 如果危险尚未发生或危险已经停止、消除, 就不得针对这样的危险采取紧急避险行为。

(2) 紧急避险行为具有合法目的性。紧急避险行为的采取是为了使公共利益、本人或他人的合法权益免受现实危险造成的损害。

(3) 必须是在不得已的情况下采取避险措施。

(4) 紧急避险行为不得超过必要限度, 即避险行为所引起的损害应该轻于所避免的损害。

### 3. 紧急避险与正当防卫的区别

紧急避险是侵权行为法上较为常见的抗辩事由之一, 其与正当防卫的主要区别有以下几点:

(1) 紧急避险的危险来源多种多样, 它可能来自于人的行为, 也可能由纯粹自然力的原因所致; 而正当防卫的危险来源只是违法行为人的不法侵害行为。

(2) 紧急避险的损害通常是针对本人或第三人的人身、财产权益而实施, 而不会针对违法行为人本人(在危险是由人的行为引起的情况下); 正当防卫行为通常是针对实施不法侵害的违法行为人本人或其借以实施侵害的工具而实施。

(3) 正当防卫造成非法行为人的实际损失, 可能大于侵害所可能造成的损失; 紧急避险造成的损失, 必须小于险情造成的损失。

(4) 正当防卫造成的损失, 防卫人不承担责任。紧急避险造成的损失, 受益人可能会对受害人给予适当补偿。

### 4. 避险过当

因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度, 造成不应有的损害的, 紧急避险人应当承担适当的民事责任。

## 重点法条

第一百三十条 二人以上共同侵权造成他人损害的, 应当承担连带责任。

## 【关联法条】

### 《民通意见》

148. 教唆、帮助他人实施侵权行为的人, 为共同侵权人, 应当承担连带民事责任。

教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人, 为侵权人, 应当承担民事责任。

教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人, 为共同侵权人, 应当承担主要民事责任。

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第三条 二人以上共同故意或者共同过失致人损害, 或者虽无共同故意、共同过失, 但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的, 构成共同侵权, 应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。

二人以上没有共同故意或者共同过失, 但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的, 应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

## 法条精解

### 1. 共同侵权行为的概念

《民法通则》第130条规定并没有对共同侵权行为的概念作出更明确的界定, 一般认为, 所谓共同侵权行为也称为共同过错、共同致人损害, 是指数人基于共同过错而侵害他人的合法权益, 依法应当承担连带赔偿责任的侵权行为。



## 2. 共同侵权行为的法律特征

共同侵权行为与单独的侵权行为相比较,具有如下特征:一是主体的复数性,即共同侵权行为人必须是两个或两个以上的人,当然,既可以是自然人,也可以是法人。二是主观过错的共同性,即共同侵权行为人具有共同致人损害的故意或过失。传统民法上的共同过错仅指行为人主观上须具有共同故意或者意思联络的情形。三是行为的共同性。共同致害行为既可能是共同的作为,也可能是共同的不作为。但数人的行为必须相互联系,构成一个统一的致人损害的原因。从因果关系上来看,任何一个共同侵权行为人的行为都对结果的产生发挥了作用,即各种行为交织在一起,共同发生了作用,各人的行为可能对损害结果所起的作用是不相同的,但都和损害结果之间具有因果关系,因而由其承担连带责任是合理的。四是结果的同一性,所谓结果的同一性,首先是指共同侵权行为所造成的后果是同一的,如果各个行为人是针对不同的受害人实施了侵权行为,或者对同一受害人不同的权利分别实施侵害,损害后果在事实上和法律上能够分开,则有可能构成分别的侵权行为或并发的侵权行为,而非共同侵权行为。

## 3. 共同侵权行为与无意思联络的数人的区分

结合《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条的规定,最高人民法院在区分共同侵权行为和无意思联络的数人侵权时,采用直接结合和间接结合的方法,对共同侵权行为的概念作出了解释。即如果数个侵害行为直接结合,发生同一损害后果的,构成共同侵权;如果数个侵害行为分别实施间接结合,发生同一损害后果的,构成无意思联络的数人侵权。

## 4. 共同侵权行为的形态

### (1) 共同正犯

共同正犯是指在实施加害行为时所有共同加害人都处于同样的地位,共同实施了具体的行为,其作用相当或者大致相当。在实践中,共同正犯是共同侵权最常见、最典型的形态。在有意思联络的共同侵权行为中,不同的加害人的任务分工不同不妨碍其都被认定为共同正犯。

### (2) 教唆者、帮助者与实行者

教唆、帮助他人实施加害行为的,教唆者和帮助者与行为的实施者构成共同侵权行为人。教唆者是指鼓动、唆使或策划他人实施加害行为的人。《民通意见》第148条规定了教唆、帮助他人实施加害行为的三种情况:作为原则,教唆、帮助者为共同侵权人,应当承担连带责任;教唆、帮助无行为能力人实施加害行为的,教唆者、帮助者为侵权人,应当承担民事责任;教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人,为共同侵权行为人,应当承担主要责任。

帮助者通常是指为加害人实施加害行为提供必要条件的人。提供这种条件的时间通常是在加害行为实施之前或者加害行为进行之中。帮助窃贼提供作案工具、为其把风等无疑属于帮助实施加害行为,盗窃完成之后帮助销赃也可以认定为帮助实施加害行为,因为销赃是侵害受害人所有权行为的有机组成部分。

### (3) 团伙成员

认定团伙成员对团伙行为的连带责任无疑有利于对受害人的保护,也有利于对团伙不法行为的控制。我们所讲的团伙一般是指犯罪集团、犯罪团伙、违反治安法规的团伙、黑势力帮派、邪教组织、其他自发组织等。这些团伙的集体行为或者惯常行为可以认定为其集合行为,团伙成员无论是否具体参与了某次加害行为,均对该加害行为承担连带责任,除非他能证明该加害行为不属于团伙的集合行为。

## 5. 共同侵权行为责任的承担

### (1) 连带责任

共同侵权人的连带责任,即对外的无限连带和对内的分别责任。其意思是说:共同加害人作为一个整体对损害共同承担责任;共同加害人中的任何一个人对全部损害承担责任;在共同加害人中的一人(或者部分人)对全部损害承担了责任之后,他有权向其他未承担责任的共同加害人追偿,请求偿付各自应当承担的赔偿份额。而从受害人的请求权角度来看,他既可以将全部加害人作为被告,请求他们承担对全部损害的赔偿责任;他也可以将加害人中的一人(或者部分人)作为被告,请求他(或他们)承担全部赔偿责任。一旦加害人中的一人(或者部分人)赔偿了全部损害,也就履行了全部赔偿义务,受害人不得再对其他加害人提出请求;反之,如果受害人的请求没有得到实现或者没有完全得到实现,他则可以向其他加害人请求赔偿全部损害或者赔偿剩余的部分损害。

### (2) 加害人之间的追偿

在一个或者数个加害人清偿了全部赔偿债务后,在共同加害人之间还进行追偿,即支付了赔偿金的加害人有权请求其他共同加害人支付一定的金额以补偿其承担全部赔偿责任而受到的损失。





(2005-3-20) 一小偷利用一楼住户甲违规安装的防盗网,进入二楼住户乙的室内,行窃过程中将乙打伤。下列哪一种说法是正确的?

- A. 乙的人身损害应由小偷和甲承担连带责任
- B. 乙的人身损害只能由小偷承担责任
- C. 乙的人身损害应由甲和小偷根据过错大小,各自承担责任
- D. 乙的人身损害应先后由小偷承担责任,不足部分由甲承担

答案: B。

解析: 本题中小偷虽利用一楼住户甲违规安装的防盗网,进入二楼住户乙的室内,但小偷在行窃过程中将乙打伤是单独实施的,甲与小偷在主观上无共同的共有或过失;在行为的客观方面,甲违规安装防盗网的行为与小偷的加害行为之间并不存在着相互依存、彼此结合的关系,其二者不具有共同性,也未造成共同的损害结果。因此,乙的人身损害不应由小偷和甲承担连带责任,而只能由小偷承担责任,故 B 项说法正确。

## 重点法条

第一百三十一条 受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第二条 受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照民法通则第一百三十一条的规定,可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害,受害人只有一般过失的,不减轻赔偿义务人的赔偿责任。

适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时,受害人有重大过失的,可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。

## 法条精解

### 1. 过失相抵的概念

过失相抵是指在损害赔偿之债中,就损害的发生或者扩大,受害人也有过失,法院可依其职权,按一定的标准减轻或免除加害人的赔偿责任,从而公平合理地分配损害的一种制度,它是适用于侵权之债领域的一项原则。

### 2. 过失相抵的构成要件

对受害人的损害赔偿是否适用过失相抵,应从过失相抵的构成要件来分析:

(1) 客观要件。包括两个方面的内容:①必须是损害结果具有同一性。②必须是被害人与侵权人之行为均为损害之原因。即对于同一之损害,不仅侵害人的行为是其发生原因,而且被害人的行为与该损害也具有相当因果关系,而对损害的发生与损害结果的扩大形成助力。

(2) 主观要件。即被害人主观上有过失。被害人的行为虽然是损害发生的共同原因,但如果被害人没有过失,仍不能仅据其行为与损害后果具有因果关系减免加害人的责任。

### 3. 过失相抵原则在适用中的限制

过失相抵原则在适用中的限制,主要包括以下两个方面:

(1) 在适用过错推定责任和无过错责任原则的特殊侵权案件中,受害人过失限于重大过失,方能适用。

(2) 在加害人因故意或者重大过失致人损害的情形,但受害人只有一般过失不适用过失相抵。

### 4. 过失相抵的效力

过失相抵的效力主要包括以下两个方面:

(1) 加害人可以据此主张减免相应的民事责任;

(2) 法院不待当事人之主张,依职权减免加害人的民事责任。

## 重点法条

第一百三十三条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。



监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

158. 夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

159. 被监护人造成他人损害的，有明确的监护人时，由监护人承担民事责任；监护人不明朗的，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

160. 在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。

161. 侵权行为发生时行为人不满十八周岁，在诉讼时已满十八周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第七条 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。

第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的，应当承担相应的补充赔偿责任。

### 法条精解

#### 1. 监护人民事责任的概念

监护人的民事责任，又称被监护人致人损害的民事责任，是指无民事行为能力人、限制民事行为能力人致人损害时，监护人依法应当承担的民事责任。

#### 2. 监护人民事责任的构成要件

(1) 被监护人实施了致人损害的行为。这是监护人承担监护责任的前提。首先，被监护人实施了致害行为。其次，这种致害行为造成了他人合法利益的损害。再次，被监护人的致害行为与他人受损害的事实之间有因果关系，且被监护人的行为是造成损害的唯一原因。

(2) 监护关系的存在。监护关系的存在，是监护人民事责任产生的基础或纽带。要使监护人负担民事责任，必须确定他与造成损害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人之间存在监护关系。否则，不存在监护人的民事责任。

#### 3. 对监护人民事责任的限制

(1) 监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。

(2) 有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人适当赔偿，但单位担任监护人的除外。

(3) 夫妻离婚后，未成年子女侵害他人权益的，同该子女共同生活的一方应当承担民事责任；如果独立承担民事责任确有困难的，可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

(4) 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的，应当承担相应的补充赔偿责任。

(5) 侵权行为发生时行为人不满18周岁，在诉讼时已满18周岁，并有经济能力的，应当承担民事责任；行为人没有经济能力的，应当由原监护人承担民事责任。

### 真题示例

(2009-3-23) 某小学组织春游，队伍行进中某班班主任张某和其他教师闲谈，未跟进照顾本班学生。该班学生李某私自离队购买食物，与小贩刘某发生争执被打伤。对李某的人身损害，下列哪一说法是正确的？



- A. 刘某应承担赔偿责任
- B. 某小学应承担赔偿责任
- C. 某小学应与刘某承担连带赔偿责任
- D. 刘某应承担赔偿责任，某小学应承担相应的补充赔偿责任

答案：D。

解析：本题考查负有教育、管理、保护义务的单位在第三人侵权时的责任承担问题。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第7条规定，D选项正确。

## 重点法条

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第六条 从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。

## 法条精解

### 1. 违反安全保障义务侵权行为的概念

违反安全保障义务的侵权行为，就是对他人负有必要安全保障义务的人，没有尽到此种义务，因而造成了他人人身或者财产权益损害，应当承担损害赔偿责任的侵权行为。所谓必要的安全保障义务是指银行、宾馆、公共汽车等从事经营活动的经营者以及从事其他社会活动的组织者、管理者，在经营场所和社会活动范围内对顾客的财产和人身负有必要的保护义务，或者依照法律规定应当承担的安全保障义务。这种安全保障义务的来源主要是：①法律规定。②合同的主义务。即经营者与顾客、社会活动的组织者、管理者与参与者在合同的条文中约定的安全保障义务。③合同的附随义务。即依照合同的性质或者行为的性质，经营者与顾客、社会活动的组织者、管理者与参与者所应承担的附随义务。

### 2. 违反安全保障义务的侵权行为的类型

(1) 装备设施未尽安全保障义务。即在提供服务的场所，设置的硬件没有达到安全保障的要求，存在缺陷或瑕疵，造成他人损害的。

(2) 工作人员未尽安全保障义务。经营者的工作人员未尽安全保障义务，一般称为服务软件上的瑕疵或缺陷，造成他人损害的，构成侵权责任。

(3) 防范制止第三人侵害的未尽安全保障义务。对于他人负有安全保障义务的经营者，在防范和制止第三人侵害方面未尽保障义务，造成他人损害的，构成侵权责任。

### (4) 违反因先行行为而产生的安全保障义务。

### 3. 违反安全保障义务的侵权责任的构成要件

(1) 行为人须有违法行为。侵权责任的构成，须以违法为必要，违法行为的存在是侵权民事责任构成的客观要件。

(2) 有损害事实。损害事实是指权利主体的人身权、财产权因一定的行为遭受侵害，导致财产利益和非财产利益的减少或灭失的事实。违反安全保障义务的侵权责任中的损害事实包括对人身权利的损害和对财产权利的损害。

(3) 违法行为与损害事实有因果关系。侵权民事责任构成中的因果关系是指违法行为作为原因，损害事实作为结果，它们之间存在的前者引起后者，后者被前者所引起的客观联系。违反安全保障义务的侵权责任的因果关系比较复杂，可以分为两个方面：一方面，经营者或者组织者、管理者未尽合理限度内的安全保障义务，致使他人遭受损害时，不作为的违法行为是引起损害的原因。另一方面，经营者或者组织者、管理者未尽安全保障义务，由于第三人的侵权造成他人的损害时，不作为的违法行为只是引起损害结果的一个原因，另外的原因是第三人的侵权，也就是说，两个原因导致一个结果的出现，是为多因一果。当多因一果的局面出现时，要根据各个原因对损害结果的发生所起的作用来确定违反安全保障义务行为人的民事责任。



(4) 行为人具有主观过错。主观过错有故意和过失之分。

#### 4. 违反安全保障义务的经营者或者组织者、管理者应承担的责任类型

(1) 直接赔偿责任。经营者或者组织者、管理者违反安全保障义务，导致他人遭受损害的，应当承担相应的赔偿责任。不作为的违法行为是导致受害人遭受损害唯一原因的时候，违反安全保障义务的经营者或者组织者、管理者对受害人承担直接赔偿责任，赔偿受害人的全部经济损失。

(2) 补充赔偿责任。经营者或者组织者、管理者未尽安全保障义务，由于第三人侵权造成他人损害的，经营者或者组织者、管理者应当承担补充赔偿责任。构成要件为：第三人的侵权行为是发生损害的直接原因；经营者或者组织者、管理者不作为违反了必要的安全保障义务；第三人的侵权行为与违反安全保障义务的行为发生原因竞合。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条的规定，补充赔偿责任包括两个方面的含义：①顺位的补充，即首先应当由直接实施作为的侵权行为的第三人承担赔偿责任，第三人没有赔偿能力或者不能确定谁是直接侵权的第三人时，才由违反安全保障义务的经营者或者组织者、管理者承担赔偿责任；②实体的补充，即补充差额。经营者或者组织者、管理者只有在其能够防止或者制止损害的范围内承担补充赔偿责任，这意味着，补充赔偿责任的总额，不是以直接侵权人应当承担的赔偿责任总额为限，而是根据其不作为的违法行为应当承担的赔偿责任总额为限。

### 真题示例

1. (2006-3-14) 甲在某酒店就餐，邻座乙、丙因喝酒发生争吵，继而动手打斗，酒店保安见状未出面制止。乙拿起酒瓶向丙砸去，丙躲闪，结果甲头部被砸伤。甲的医疗费应当由谁承担？

- A. 由乙承担，酒店无责任
- B. 由酒店承担，但酒店可向乙追偿
- C. 由乙承担，酒店承担补充赔偿责任
- D. 由乙和酒店承担连带赔偿责任

答案：C。

解析：乙投掷酒瓶将甲砸伤属于作为的侵害他人身体权的行为。而酒店负有保障客人在酒店内安全用餐的义务。其保安看见乙、丙两个人打斗而不制止，结果出现了乙扔酒瓶伤人的情况。所以酒店应当负担不作为的责任。A项忽视了酒店的责任是错误的。B项将酒店作为第一责任的承担人，认为酒店承担责任后可向乙追偿也是错误的。C项将乙作为第一责任人，酒店没有尽到保护义务，在乙无力承担责任的时候承担补充责任是正确的。D项将乙和酒店看成是共同侵权是不正确的，因为乙和酒店并没有共同侵权的意思联络，让两者承担连带责任是错误的。

2. (2007-3-65) 某旅行社导游李某带团游览一处地势险峻的景点时，众人争相拍照，李某未提示注意安全，该团游客崔某不慎将唐某撞下陡坡摔伤。下列哪些选项是正确的？

- A. 旅行社对损害结果不承担赔偿责任
- B. 崔某应当对唐某承担赔偿责任
- C. 旅行社应当承担补充赔偿责任
- D. 李某应当对唐某承担侵权责任

答案：BC。

解析：根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条规定，崔某不慎将唐某撞下摔伤，属于第三人侵权，应该由崔某本人承担赔偿责任，B的说法是正确的，A错误。旅行社的李某未尽到安全提示义务，也是有过错的，其应当在能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任，所以C是正确的。另外，由于李某是旅行社的员工，其在履行职务行为时发生侵权事故，应该由旅行社承担侵权责任，而不是李某本人直接向受害人承担侵权责任，所以D是不能选的。本题正确答案是BC。

### 重点法条

#### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第九条 雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

前款所称“从事雇佣活动”，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为“从事雇佣活动”。





## 法条精解

### 1. 雇主责任的概念

是指雇主对其雇工在执行受雇事务过程中所为的侵权行为必须承担赔偿责任。

### 2. 雇主责任的构成要件

雇主对雇工在执行委托事务过程中造成的侵权损害承担赔偿责任，必须符合下列几项构成要件：

(1) 在雇主与雇工之间必须存在雇佣关系。雇工必须是根据雇佣关系为雇主工作的辅助人。考察雇佣关系存在与否，首先要看双方当事人之间有无订立书面的雇佣合同。如果有书面合同，一般即可认定存在雇佣关系。如果没有订立书面合同，则要进一步考察双方当事人之间是否存在事实上的雇佣关系。

(2) 雇工必须是在执行委托事务过程中给他人造成损害的。雇工的侵权行为是不是在执行事务时所实施的，是认定雇主责任成立的关键因素，因为雇主只可能对雇工执行其委托事务过程中造成的损害承担赔偿责任。

(3) 雇主对雇工在执行委托事务过程中造成的侵权损害承担赔偿责任还必须具备一个要件，即雇工的行为必须是侵权行为。

### 3. 雇主责任的法律后果

具备了上述雇主责任的三项或四项构成要件，雇主就对其雇工在执行事务过程中因侵权而造成的损害承担赔偿责任。雇主在赔偿受害人的损害以后，可以根据合同或其他规定向雇工行使追索权或求偿权，要求雇工赔偿雇主因赔偿受害人损害而造成的损害。此求偿关系涉及雇主与雇工的内部关系，与受害人无关，故不再赘述。

## 真题示例

(2009-3-22) 甲在乙承包的水库游泳，乙的雇工丙、丁误以为甲在偷鱼苗将甲打伤。下列哪一说法是正确的？

A. 乙、丙、丁应承担连带责任

B. 丙、丁应先赔偿甲的损失，再向乙追偿

C. 只能由丙、丁承担连带责任

D. 只能由乙承担赔偿责任

答案：A。

解析：本题考核雇员侵权的赔偿责任问题。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条第1款规定，雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。本题中，甲在乙承包的水库中游泳，与偷鱼苗的行为有很明显的区别，只要丙、丁稍微注意一下，或是询问一下，则不会造成此种误解。因此，丙、丁的行为存在重大过失，给甲造成的损害应该与乙一起承担连带赔偿责任。

## 重点法条

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十条 承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

## 法条精解

### 1. 定作人责任的概念

定作人责任，是指承揽合同的承揽人在完成承揽事项过程中，因定作人对定作、指示或者选任有过失而对第三人造成损害或者造成承揽人自身损害时，定作人所应承担的赔偿责任。定作人责任为过错责任。

### 2. 定作人责任的构成要件

(1) 定作人需有过失。定作人的过失是定作人责任的主观要件。定作人的过失包括定作过失、指示过失和选任过失。所谓定作过失，是指定作人对定作任务本身存在过失，即承揽事项违法或明显存在侵害他人权利的可能性。所谓指示过失，是指定作任务本身正当，而在承揽人完成承揽事项的具体指示中存在过失。所谓选任过失，是指定作人对承揽人的选任上存在过失。对于定作人的过失，应由受害人负举证责任。定作人若能证明自己没有过失的，不负责任。

(2) 承揽人执行了定作人存在过失的承揽事项。所说承揽事项，是指根据承揽合同约定，承揽人应当



完成的工作成果。在定作人责任中，是否为承揽事项应以合同约定确定。承揽事项既可以是全部事项，也可以是部分事项。

(3) 需有损害结果。这里的损害结果包括两个方面：一是造成承揽合同以外的第三人的损害；二是承揽人自己遭受的损害。

## 重点法条

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十一条 雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。

雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。

属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。

第十二条 依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。

## 法条精解

### 1. 雇员受害责任的概念

雇员受害责任是指雇员从事雇佣活动中遭受人身伤害或者第三人致其损害，雇主所应承担的赔偿责任。

### 2. 雇员受害责任的构成要件

(1) 雇员受到人身伤害。雇员为雇佣关系的一方当事人。判断雇佣关系是否成立，首先是当事人之间是否有书面的雇佣合同，如果存在书面的雇佣合同，则雇佣关系成立；如果未订立书面合同，则需进一步考察双方是否存在事实上的雇佣关系。

(2) 雇员在雇佣活动过程中遭受损害。这里所说的在雇佣过程中，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为“从事雇佣活动”。只要是在雇佣活动过程中遭受的损害，不论是因工受害，还是雇佣活动以外的第三人致害雇员，雇员都有权要求雇主承担赔偿责任。当然，雇主在第三人致害雇员时，对雇员承担赔偿责任后，有权向第三人追偿。

(3) 雇员受害与执行受雇工作之间存在因果关系。只要是在雇佣活动过程中，不管雇主和雇员的主观意志如何，雇员的行为在客观上与执行事务有内在联系，就可认定雇员的行为与执行事务之间存在因果关系。

### 3. 雇员受害责任的抗辩事由

对于雇员受害责任的抗辩事由，我国法律暂无规定。一般认为，雇员的故意或者重大过失可作为雇主免除责任的理由。

## 重点法条

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十三条 为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失，赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的，人民法院应予支持。

第十四条 帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任；但可以在受益范围内予以适当补偿。

帮工人因第三人侵权遭受人身损害的，由第三人承担赔偿责任。第三人不能确定或者没有赔偿能力的，可以由被帮工人予以适当补偿。

## 法条精解

### 1. 帮工责任的概念和种类

帮工责任是指帮工人在帮工活动过程中致人损害或遭受损害时被帮工人的赔偿责任。帮工责任包括帮



工受害责任和帮工致害责任。

## 2. 帮工受害责任的构成要件及其抗辩事由

(1) 受害主体应为帮工人。这里所说的帮工人是指无偿帮工人，帮工人通常不因帮工活动而取得报酬。

(2) 帮工人所受损害是在帮工活动过程之中。这里所说的损害，既包括因帮工活动而遭受的人身损害，也包括在帮工活动过程中帮工人因第三人侵权遭受的人身损害。至于被帮工人对帮工人所受损害是否存在过错，在所不问。

(3) 需被帮工人未明确拒绝帮工。依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第14条之规定，被帮工人的抗辩事由为：①被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任；但在受益范围内予以适当补偿。②由于第三人的侵权行为致使帮工人受到损害的，被帮工人不承担责任。此种情况下，由帮工人向侵权行为人主张侵权赔偿责任。但第三人不能确定或者没有赔偿能力的，帮工人可以要求被帮工人给予适当补偿。

## 3. 关于帮工致害责任的规定

帮工致害责任存在以下情况：

(1) 一般情况下，帮工人在从事帮工活动中致人损害的，由被帮工人承担赔偿责任。在一般侵权中，被帮工人对帮工人的致害行为承担责任，应符合一般侵权的构成要件。在特殊侵权中，被帮工人对帮工人的致害行为承担责任，应符合该特殊侵权的构成要件。

(2) 被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。如果被帮工人明确拒绝帮工，帮工人仍坚持参加帮工致人损害，要求被帮工人承担赔偿责任，则显失公平。因为，被帮工人拒绝帮工表明其不接受帮工活动所带来的利益，表明其自身工作不愿受他人之干涉。

(3) 帮工人存在故意或者重大过失的，赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的，人民法院应予支持。

## 重点法条

### 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十六条 下列情形，适用民法通则第一百二十六条的规定，由所有人或者管理人承担赔偿责任，但能够证明自己没有过错的除外：

- (一) 道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的；
- (二) 堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的；
- (三) 树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的。

前款第(一)项情形，因设计、施工缺陷造成损害的，由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。

## 法条精解

### 1. 构筑物致人损害人身损害赔偿责任的构成要件

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第16条第1款第(1)项规定了构筑物致害的人身损害赔偿责任的构成要件，这是我国第一次规定构筑物的人身损害赔偿责任的构成要件。

构筑物致害人身损害赔偿责任的构成要件，是指道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害时，所有人或管理人承担的人身损害赔偿责任的构成要件。此外，还包括道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因设计、施工缺陷造成人身损害时，由所有人、管理人与设计、施工者承担的连带责任。

### 2. 构筑物致人损害人身损害赔偿责任的构成要件

(1) 致害物须为构筑物，具体为道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物，该构筑物一般被理解为公共构筑物。

(2) 构筑物须为特定的人维护、管理、设计、施工。在该种人身损害赔偿责任的构成要件中，致害的构筑物必须为特定的主体维护、管理。维护、管理，是指公共构筑物设置后的维护、保养、修缮及保管，其管理的对象亦专指对构筑物的管理，不包括对人的管理。在因设计、施工缺陷造成损害的人身损害赔偿连带责任中，构筑物还必须由特定的主体设计、施工。设计，指的是对构筑物进行事前设计；而施工，则是指由特定的施工人建造构筑物。

(3) 该构筑物的维护、管理须有瑕疵。瑕疵，亦称欠缺，通常指一种不完全、不完备的状态。维护、管



理的瑕疵,就是指构筑物维护和管理上的不完全、不完备的状态,因而致该构筑物缺少通常应具备的安全性。

(4) 须因维护、管理瑕疵或设计、施工缺陷造成自然人人身损害。人身损害事实,是一切人身损害赔偿责任的必备要件,构成构筑物致害责任,同样须具备这一要件。构成该种人身损害赔偿责任的,应以自然人的人身损害为限,自然人的财产权利等其他权利受到损害,不包括在内。

构筑物致自然人人身损害,二者之间应有因果关系。构筑物维护、管理瑕疵或设计、施工缺陷,须是自然人人身损害发生的原因,而自然人人身损害的发生,须为构筑物维护、管理瑕疵或设计、施工缺陷所引起的结果。

具备上述四项要件,构成构筑物维护、管理瑕疵或设计、施工缺陷致害的人身损害赔偿赔偿责任。

### 3. 构筑物致害人身损害赔偿责任的承担

#### (1) 赔偿义务主体

根据该条的规定,构筑物维护、管理瑕疵致害的人身损害赔偿赔偿责任,赔偿义务人是所有人或管理人,谁维护、管理致害的构筑物,谁就是赔偿义务主体,就应由谁负赔偿责任,受害人可以向该所有人或管理人请求赔偿。需要注意的是,在构筑物因设计、施工缺陷造成损害的人身损害赔偿赔偿责任中,由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。

#### (2) 人身损害赔偿赔偿责任范围

构筑物致害的人身损害赔偿赔偿责任范围,依照《人身损害赔偿解释》规定的范围进行赔偿。

### 4. 构筑物致害人身损害赔偿责任的免责事由

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定及侵权行为法理论,构筑物致害人身损害赔偿赔偿责任有以下免责事由:

#### (1) 构筑物的所有人或管理人无过错

依《民法通则》第126条规定与《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第16条的规定,所有人或管理人证明自己无过错的,免除其赔偿责任。由于已经明确规定所有人、管理人能够证明自己无过错的,即可免责,所以不必再证明其他免责事由的存在。

#### (2) 不可抗力

不可抗力的范围包括下列三种:①自然原因的不可抗力,该种不可抗力是指如地震、台风、洪水和海啸等的自然现象;②社会原因的不可抗力,该种不可抗力是指战争,而罢工只能有条件的作为不可抗力;③国家原因的不可抗力,是指国家行使行政、司法职能导致损害的发生或扩大。

## 重点法条

第一百三十五条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

165. 在民法通则实施前,权利人知道或者应当知道其民事权利被侵害,民法通则实施后,向人民法院请求保护的诉讼时效期间,应当适用民法通则第一百三十五条和第一百三十六条的规定,从1987年1月1日起算。

166. 民法通则实施前,民事权利被侵害超过二十年的,民法通则实施后,权利人向人民法院请求保护的诉讼时效期间,分别为民法通则第一百三十五条规定的二年或者第一百三十六条规定的一年,从1987年1月1日起算。

167. 民法通则实施后,属于民法通则第一百三十五条规定的二年诉讼时效期间,权利人自权利被侵害时起的第十八年后至第二十年期间才知道自己的权利被侵害的,或者属于民法通则第一百三十六条规定的一年诉讼时效期间,权利人自权利被侵害时起的第十九年后至二十年期间才知道自己的权利被侵害的,提起诉讼请求的权利,应当在权利被侵害之日起的二十年内行使;超过二十年的,不予保护。

170. 未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的,不受诉讼时效期间的限制。

177. 继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后,继承人未明确表示放弃继承的,视为接受继承,遗产未分割的,即为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长,均适用民法通则的有关规定。

### 《民事案件诉讼时效规定》

第一条 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持:





- (一) 支付存款本金及利息请求权；
- (二) 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；
- (三) 基于投资关系产生的缴付出资请求权；
- (四) 其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

第二条 当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。

第七条 享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的，应适用合同法第五十五条关于一年除斥期间的规定。

对方当事人对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持。

合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

## 法条精解

### 1. 诉讼时效的概念

所谓诉讼时效，又称消灭时效，是指权利人在法定期间内不行使权利，即丧失请求人民法院依据诉讼程序强制义务人履行义务的请求权的法律制度。这里的法定期间指提起诉讼的期间，亦即诉讼时效期间。权利人在诉讼时效期间内有权请求人民法院保护其权利。而诉讼时效期间届满以后，权利人则不再享有请求法院保护其权利的权利。

### 2. 诉讼时效的法律特征

(1) 诉讼时效是法定期间。诉讼时效区别于约定期间，是法律的强行规定，当事人不能通过协议对其加以延长或缩短。

(2) 诉讼时效是可变期间。诉讼时效遇有法定事由时，可以中止、中断和延长。

(3) 诉讼时效是法院通过强制力保护民事权利的法定期间。诉讼时效期满后，法院即不再通过强制力对权利人的民事权利予以保护，虽然权利人依然享有起诉权，但法律不再赋予其胜诉的权利。

### 3. 诉讼时效与除斥期间的区别

除斥期间也叫预定期间，它是指法律规定的某种权利预定存在的期间，权利人如果在此期间内不行使其权利，预定期间届满，即要产生该项权利消灭的法律后果。

我国理论中通说认为，消灭时效与除斥期间的区别有：

(1) 诉讼时效期间是权利人在权利受到侵害时请求保护的期限，是法律规定的请求权保护期；而除斥期间规定的是权利人可以行使实体权利的期限。

(2) 诉讼时效要求同时具备法定期间的经过和权利人不行使权利的事实状态这两个构成要件；而除斥期间只要求一个构成要件，只要法定期间的经过即可以。

(3) 诉讼时效主要适用于请求权；而除斥期间一般适用于各种形成权。

(4) 诉讼时效届满后，消灭的是胜诉权，实体权利并没有消灭；而除斥期间届满后，消灭的是实体权利。

(5) 诉讼时效期间是可变期间，其有中断、中止和延长的规定；除斥期间是不变期间，不适用中断、中止和延长的规定。而且，诉讼时效一般是从权利人能够行使请求权时起算的；而除斥期间一般是从权利产生的时候起算的。

## 重点法条

第一百三十六条 下列的诉讼时效期间为一年：

- (一) 身体受到伤害要求赔偿的；
- (二) 出售质量不合格的商品未声明的；
- (三) 延付或者拒付租金的；
- (四) 寄存财物被丢失或者损毁的。

### 【关联法条】

### 《民通意见》

168. 人身损害赔偿的诉讼时效期间，伤害明显的，从受伤害之日起算；伤害当时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，从伤势确诊之日起算。



## 《民事案件诉讼时效规定》

第五条 当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。

第六条 未约定履行期限的合同，依照合同法第六十一条、第六十二条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。

第七条第三款合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

第八条 返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算。

第九条 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。

本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。

## 《产品质量法》

第四十五条 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满十年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

## 法条精解

### 1. 特别诉讼时效期间的概念

特别诉讼时效，指针对某些特定的民事法律关而制定的诉讼时效。特别诉讼时效优于一般诉讼时效，也就是说，凡有特别诉讼时效规定的，适用特别诉讼时效的规定，我国《民法通则》第141条规定：“法律对诉讼时效另有规定的，依照法律规定。”

### 2. 特别诉讼时效的种类

(1) 短期诉讼时效。短期时效指诉讼时效不满两年的时效。我国《民法通则》第136条规定：“下列的诉讼时效期间为一年：①身体受到伤害要求赔偿的；②出售质量不合格的商品未声明的；③延付或者拒付租金的；④寄存财物被丢失或者损毁的。”还有如《担保法》第26条规定：“连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任”，等等。

(2) 长期诉讼时效。长期诉讼时效是指诉讼时效在2年以上20年以下的诉讼时效。如《合同法》第129条规定：“因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。”

(3) 最长诉讼时效。最长诉讼时效为20年。《民法通则》第137条规定，“从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护”。根据这一规定，最长的诉讼时效的期间是从权利被侵害之日起计算，权利人不知道自己的权利被侵害，时效最长也是20年，超过20年，人民法院不予保护。

## 真题示例

1. (2004-3-51) 2002年5月8日，王某骑车回家经过一工地时，掉入没有设置明显标志和采取安全措施坑中，造成骨折。王某于同年6月10日找到建设项目的发包人和承包人要求赔偿，两单位相互推诿。同年6月13日，王某前往法院起诉，突遭台风袭击，中途返回。下列说法哪些是正确的？

- A. 本案诉讼时效期间于2003年6月10日届满
- B. 王某6月13日的行为引起诉讼时效中断
- C. 发包人应承担民事责任
- D. 承包人应承担民事责任

答案：AD。

解析：根据《民法通则》第136条第1款规定，本案诉讼时效期间于2003年6月10日届满。故A项正确。根据《民法通则》第140条规定，诉讼时效应从王某于2002年6月10日找到建设项目的发包人和承包人要求赔偿时中断，从此时起，诉讼时效期间重新计算。根据《民法通则》第125条规定，本题中作为项



目施工人的承包人，因在道路施工中没有设置明显标志和采取安全措施，应承担民事责任。故 D 项正确。

2. (2002-3-84) 某幼儿班聘请某甲担任幼儿班教师。某日上午 9 时左右，幼儿班课间休息时，某甲离校打电话，几个幼儿在教室里的火炉旁烤火。其中某乙(5 岁)和某丙(4 岁)因争夺位置而打斗，某乙用石块将某丙头部打破，而某丙则把某乙按在火炉上，某乙被烫伤。为此，某丙花去医药费 5 000 元，某乙花去医药费 5 000 元。某丙之父行使侵权行为之债的请求权，其诉讼时效期间自其知道侵害事实发生之日起是多长时间？

- A. 1 年
- B. 2 年
- C. 最长不超过 20 年
- D. 6 个月

答案：A。

解析：本题考诉讼时效。根据《民法通则》第 136 条和第 137 条规定，当选 A。需要注意的是 C 根据第 137 条，最长诉讼时效的起算点是“知道或者应当知道权利被侵害之日”，但从权利被侵害之日起超过 20 年的，人民法院不予保护。故不选 C。

重点法条

第一百三十七条 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。

【关联法条】

《民通意见》

169. 权利人由于客观的障碍在法定诉讼时效期间不能行使请求权的，属于民法通则第一百三十七条规定的“特殊情况”。

175. 民法通则第一百三十五条、第一百三十六条规定的诉讼时效期间，可以适用民法通则有关中止、中断和延长的规定。

民法通则第一百三十七条规定的“二十年”诉讼时效期间，可以适用民法通则有关延长的规定，不适用中止、中断的规定。

法条精解

诉讼时效的起算，即诉讼时效的开始，其直接关系到诉讼时效期间是否届满。普通诉讼时效和特别诉讼时效的期间从知道或应当知道权利被侵害时计算。当然，也并非排除法律可以做出另外的规定。如《民法通则》规定 20 年的诉讼时效期间从权利被侵害时起算。

根据诉讼时效期间从权利人能够行使请求权时开始计算的理论和债权的不同特点，不同债权诉讼时效期间的起算时间也有所区别：

- 1. 附延缓条件的债权，从条件成就之时开始计算，但如果还定有履行期间，则从履行期限届满之时开始计算。
- 2. 附始期的债权，从始期到来之时开始计算，但如果还定有履行期限，则从履行期限届满之时开始计算。
- 3. 未定履行期限的债权，从权利成立之时开始计算。
- 4. 定有履行期限的债权，从履行期限届满之时开始计算。
- 5. 人身损害赔偿的诉讼时效，伤害明显的，从受伤害之日起计算；伤害当时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，从伤势确诊之日起算。

重点法条

第一百三十八条 超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

【关联法条】

《民通意见》

171. 过了诉讼时效期间，义务人履行义务后，又以超过诉讼时效为由翻悔的，不予支持。

《民事案件诉讼时效规定》

第三条 当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。



第四条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

第二十一条 主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。

保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，人民法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外。

第二十二条 诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

## 法条精解

我国《民法通则》对诉讼时效的效力采取胜诉权消灭说，即时效届满，权利人即丧失请求人民法院予以保护的权利。我国诉讼时效的效力主要包括三个方面：

1. 债务人可以拒绝履行债务。权利人在法律规定的期间内不行使其权利，债务人即可以认为其放弃了自己的权利。诉讼时效届满，虽然债务并未免除，但即使债务人不履行债务他亦无须承担任何民事责任。而其主债的诉讼时效期满后，相应的从债也因此而诉讼时效期间届满。不过诉讼时效的效力不及于起訴权。

2. 法院对债务人即不再使用强制履行的办法。虽然诉讼时效届满以后，法院就不能再依诉讼程序强制义务人履行债务。但由于债务人仍然可以向法院提起诉讼，要求法院对影响时效开始计算的中止、中断等原因进行了解。故可见，诉讼时效期满丧失的既不是实体权利，也不是起訴权，而仅仅是“胜诉权”，即请求权。

3. 受领权不受诉讼时效的限制。超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。因此，诉讼时效完成后，义务人自愿履行其义务的，权利人可受领其履行而不构成不当得利。义务人于履行后反悔的，不得诉请权利人返还其所得。另外，对于超过诉讼时效期间，当事人双方就原债务达成还款协议的，应当予以保护。

## 真题示例

(2009-3-52) 关于诉讼时效的表述，下列哪些选项是正确的？

- A. 当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但法律规定的有些债权请求权不适用诉讼时效的规定
- B. 当事人不能约定延长或缩短诉讼时效期间，也不能预先放弃诉讼时效利益
- C. 当事人未提出诉讼时效抗辩的，法院不应对诉讼时效问题进行阐明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判
- D. 当事人在一审、二审期间都可以提出诉讼时效抗辩

答案：ABC。

解析：本题考查诉讼时效的相关知识点。

根据《民事案件诉讼时效规定》第1条规定，可知，A项正确。根据《民事案件诉讼时效规定》第2条规定，因此，B项正确。根据《民事案件诉讼时效规定》第3条规定，因此，C项正确。根据《民事案件诉讼时效规定》第4条规定，D项错误。

## 重点法条

第一百三十九条 在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。

### 【关联法条】

### 《民通意见》

172. 在诉讼时效期间的最后六个月内，权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权，或者法定代理人本人丧失行为能力的，可以认定为因其他障碍不能行使请求权，适用诉讼时效中止。

### 《民事案件诉讼时效规定》

第二十条 有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的“其他障碍”，诉讼时效





中止：

- (一) 权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；
- (二) 继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；
- (三) 权利人被义务人或者其他控制无法主张权利；
- (四) 其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

## 法条精解

### 1. 诉讼时效中止的概念

诉讼时效中止，是指在时效进行中，因出现了法定事由，致使权利人不能行使权利，因而暂停计算诉讼时效期间，待中止事由消除后，继续计算诉讼时效期间。

### 2. 诉讼时效中止适用的条件

(1) 诉讼时效的中止，必须发生在诉讼时效期间的最后6个月内。包括障碍在最后6个月前发生延续到最后6个月时的情形。否则不发生时效中止。

(2) 诉讼时效的中止，须有法定事由：① 不可抗力。指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况；② 其他障碍。指不可抗力以外的，非由权利人的意志所决定的，足以阻碍权利人行使权利的情况。按照《民通意见》第172条规定，包括权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人、没有法定代理人或法定代理人死亡、丧失代理权和丧失行为能力等。

### 3. 诉讼时效期间中止的法律效果

诉讼时效中止期间，诉讼时效期间暂停计算；法定中止事由发生在诉讼时效期间最后6个月之前而延续到最后6个月之内的，诉讼时效期间的中止应从诉讼时效期间的最后6个月开始。从中止事由消除之日起，诉讼时效期间继续计算。

## 重点法条

第一百四十条 诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

173. 诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行义务而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的，可以认定为诉讼时效再次中断。

权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的，可以认定诉讼时效中断。

174. 权利人向人民调解委员会或者有关单位提出保护民事权利的请求，从提出请求时起，诉讼时效中断。经调处达不成协议的，诉讼时效期间即重新起算；如调处达成协议，义务人未按协议所定期限履行义务的，诉讼时效期间应从期限届满时重新起算。

#### 《民事案件诉讼时效规定》

第十条 具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的“当事人一方提出要求”，产生诉讼时效中断的效力：

(一) 当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；

(二) 当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；

(三) 当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；

(四) 当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

前款第(一)项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

第十一条 权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人



明确表示放弃剩余债权的情形除外。

第十二条 当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

第十三条 下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：

- (一) 申请仲裁；
- (二) 申请支付令；
- (三) 申请破产、申报破产债权；
- (四) 为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；
- (五) 申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；
- (六) 申请强制执行；
- (七) 申请追加当事人或者被通知参加诉讼；
- (八) 在诉讼中主张抵销；
- (九) 其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

第十四条 权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。

第十五条 权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

第十六条 义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的当事人一方“同意履行义务”。

第十七条 对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。

对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

第十八条 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。

第十九条 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。

债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

## 法条精解

### 1. 诉讼时效中断概念

诉讼时效中断，是指在诉讼时效期间进行中，因发生法定事由，而使已经经过的时效期间统归无效，待中断事由消除后，诉讼时效重新计算。

### 2. 诉讼时效期间中断的条件

存在法定的中断事由。诉讼时效期间的中断必须有法定中断事由的出现。中断事由包括：

(1) 提起诉讼。即包括民事诉讼法上的一切权利主张形式，如起诉、应诉，作为第三人参加诉讼，申请支付令、申报破产债权、申请强制执行等，也包括依照其他法律规定的争议解决程序提出的权利主张，还包括权利人向人民调解委员会或有关单位提出保护民事权利的请求等。

(2) 权利人主张权利。这是指权利人在诉讼程序外向义务人明确提出要求其履行义务的意思通知。这种意思通知，在方式上没限制，只要将催告之意思传达于相对人，并于事后能证明。包括权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人提出催告。

(3) 义务人同意履行义务。是指权利人的相对人表示知悉该权利人的权利存在的行为。同意履行义务的形式，无特别要求。

### 3. 诉讼时效期间中断的法律后果

诉讼时效期间中断后，已经进行的诉讼时效期间归于无效，诉讼时效期间重新开始计算。



(2009-3-5) 诉讼时效因当事人一方提出要求而中断, 下列哪一情形不能产生诉讼时效中断的效力?

- A. 对方当事人当事人在当事人主张权利的文书上签字、盖章的
- B. 当事人一方以发送信件或数据电文方式主张权利, 该信件或数据电文应当到达对方当事人的
- C. 当事人一方为金融机构, 依照法律规定或当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的
- D. 当事人一方下落不明, 对方当事人在下落不明当事人一方住所地的县(市)级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的

答案: D。

解析: 根据《民法通则》第140条规定, 发生诉讼时效中断的事由有: ①权利人之请求; ②义务人的同意; ③提起诉讼或仲裁。本题A、B、C项分别属于①、②、③中的情况, D项中应该是“省级”而非是“县(市)级”。因此, ABC项属于诉讼时效中断的事由, 而D项不属于。

## 《物权法》

### 重点法条

第二条 因物的归属和利用而产生的民事关系, 适用本法。

本法所称物, 包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的, 依照其规定。

本法所称物权, 是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利, 包括所有权、用益物权和担保物权。

### 法条精解

本条第1款规定了物权法调整的社会关系, 也就是物权法的调整范围。物的归属是指物的所有人是谁, 谁是物的主人, 确定物的归属即是确定在民事上财产权属于谁, 这是对物进行利用的前提。物权法调整物的归属关系, 就要确定物的归属原则, 这是物权法的重要内容。所有权人对其所有物无论自己使用还是交他人使用, 都是对物的利用。物的利用是我们对物拥有所有权的目所在。物权法调整因物的利用而产生的相互关系, 要确定对物进行利用的规则, 这也是物权法的重要内容, 因物的归属和利用而产生的民事关系都适用物权法。需要明确的是, 物权法并不一般性地调整所有的物的归属和利用的关系, 物权法只调整平等主体之间因物的归属和利用而产生的财产关系, 也就是本条第1款规定的“民事关系”。按照法律部门的划分, 物权法属于民法, 调整横向的社会关系; 经济社会管理活动中, 管理者与被管理者之间是纵向关系, 也涉及财产的归属和利用问题, 但此类关系主要是由行政法、经济法调整, 不属物权法调整的范围。

物权法规范的物, 包括不动产和动产。不动产是指土地以及房屋、林木等土地定着物; 动产是指不动产以外的物, 比如汽车、电视机。不动产和动产是物权法上对物的分类, 之所以进行这样的分类, 主要是便于根据不动产和动产各自的特点分别予以规范。物权法上的物通常讲是有体物或者有形物, 指物理上的物, 包括固体、液体、气体、电等。所谓有体物或者有形物主要是与精神产品相对而言的, 著作、商标、专利等是精神产品, 是无体物或者无形物, 精神产品不是物权法规范的对象, 主要由专门法律如著作权法、商标法、专利法调整。但并非所有的有体物或者有形物都是物权法规范的对象, 能够作为物权法规范对象的还必须是人力所能控制并有利用价值的物。随着科学技术的发展, 一些原来无法控制且无法利用的物也可以控制和利用了, 也就纳入了物权法的调整范围, 物权法规范的物的范围也在不断扩大。

### 重点法条

第五条 物权的种类和内容, 由法律规定。

### 法条精解

1. 物权法定的概念

物权法定原则又称物权法定主义, 是指物权只能依据法律而设定, 禁止当事人自由创设物权, 也不得随意变更物权的种类、内容、效力和公示方法。



## 2. 物权法定原则的内容

### (1) 物权的种类由法律明确规定。

物权的种类由法律明确规定，不得由当事人随意创设，是指当事人在其协议中不得明确规定其通过合同设定的权利为物权，也不得设定与法定的物权不相符合的物权。法律规定了几种物权类型，就承认这几种物权类型。

### (2) 物权的内容由法律明确规定。

内容法定包括两个方面：一方面，物权内容必须要由法律规定，当事人不得创设与法定物权内容不符的物权，也不得基于其合意自由决定物权的内容。另一方面，内容法定就是强调当事人不得作出与物权法关于物权内容的强行性规定不符的约定。

### (3) 物权的效力由法律明确规定。

物权的效力由法律明确规定，是指物权的法律效力由法律明确规定，当事人不得创设。物权变动时，当事人的行为若违反了法律的规定，就是无效的，物权变动中当事人的行为如果想具有物权法上的效力，就必须符合法律对物权变动的各项要求。物权效力就是物权所具有的法律强制力，是物权的权能在法律上的合理延伸。各类物权既有共同的效力，也分别有其自身特有的效力，但都以法律的明确规定为限。

### (4) 物权变动的公示方法由法律明确规定。

物权变动的公示方法由法律明确规定，就是物权变动时应当采用法律明确规定的公示方法，不以法律规定的方法公示，物权变动行为无效或不得对抗第三人。当事人之间进行的物权变动，必须进行公示，且公示的方法必须符合物权法的规定，

## 3. 违反物权法定原则的法律后果

(1) 违法物权法定原则将不生物权效力。例如，《担保法解释》第87条规定，“出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持”。当事人虽名义上使用“质权”等术语，但其内容却违背了法律的规定。质押权人对质押物并无权利，根本不能发生物权法上的效果，即不生物权之效力。

(2) 物权有效，但约定中违反法律规定的物权内容无效。如《担保法》第66条规定：“出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。”如果质押合同内容涉及流质条款，则仅此条款无效，不影响质押合同的整体效力，质押权仍然有效。

## 重点法条

第六条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。

## 法条精解

### 1. 公示原则的概念

所谓公示，是指物权在变动时，必须将物权变动的事实通过一定的公示方法向社会公开，从而使第三人知道物权变动的情况，以避免第三人遭受损害并保护交易安全。《物权法》第6条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。”这就确立了公示原则。何谓公示？公示就是公之于世。一方面，公示是将物权设立和变动的事实对外公开，使第三人知晓，因而在公示之后第三人能够查阅。另一方面，公示不一定是向全社会公开，而应当是向一定范围的人公开，能够使他人知道。

### 2. 公示原则的强制性

物权公示原则属于法律的强制性规则，当事人不得通过合同加以变更。公示原则的强制性主要体现在如下几个方面：

(1) 法律规定物权的设立和变动必须采用公示方法的，应当依据法律的规定。

(2) 公示方法必须由法律规定。

(3) 公示的效力必须法定。

### 3. 公示原则的功能

(1) 极大地减少了产权变动中的纠纷，从而维护了交易的安全和秩序。

(2) 明确物权的功能，例如，登记实际上就是将物权设定和移转的事实对社会公开，从而明确物权的





归属，以定分止争。

(3) 公示制度不仅发挥了维护交易安全的功能，而且对于提高物的利用效率也具有重要作用。

## 重点法条

第十五条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

### 【关联法条】

#### 《合同法解释（一）》

第九条 依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定的合同应当办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。

## 法条精解

### 1. 区分原则的概念

物权变动的区分原则，是指在发生物权变动时，物权变动的原因与物权变动的结果作为两个法律事实，它们的成立和生效依据不同的法律根据的原则。

### 2. 区分原则的主要内容

(1) 在物权变动上，区分原则所要区分的，是物权变动的原因行为与结果行为，物权变动的原因行为是债法上的意思表示即债权行为，它不一定引起物权变动的结果。

(2) 负担行为与处分行为区分开来，它们二者是分离的，是两个相互独立的法律行为，有各自的成立与生效要件。负担行为只引起当事人之间的债权债务关系，而处分行为则导致物权的变动。

(3) 物权的变动以公示为基本特征，由法律规定的公示方式决定物权变动的效力，即以动产的交付和不动产的登记为必要条件，而不能认为基础关系或者原因关系的成立生效就必然发生物权变动的结果。

## 真题示例

(2008-3-94~95) 甲继承了一套房屋，在办理产权登记前将房屋出卖并交付给乙，办理产权登记后又将该房屋出卖给丙并办理了所有权移转登记。丙受丁胁迫将房屋出卖给丁，并完成了移转登记。丁旋即又将房屋出卖并移转登记于戊。请回答 94~95 题。

94. 在办理继承登记前，关于甲对房屋的权利状态，下列选项正确的是：

- A. 甲已经取得了该房屋的所有权
- B. 甲对该房屋的所有权不能对抗善意第三人
- C. 甲出卖该房屋未经登记不生物权效力
- D. 甲可以出租该房屋

答案：ACD。

解析：《物权法》第 29 条规定，因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生法律效力。由此，A 的说法正确；《物权法》第 31 条规定，依照本法第 28 条至第 30 条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不生物权效力。由此，C 的说法正确。至于 D，因为房屋所有权已经属于甲，甲当然可以将房屋出租行使收益权，D 的说法正确，当选，本题正确答案是 ACD。

95. 关于甲、乙、丙三方的关系，下列选项正确的是：

- A. 甲与乙之间的房屋买卖合同因未办理登记而无效
- B. 乙对房屋的占有是合法占有
- C. 乙可以诉请法院宣告甲与丙之间的房屋买卖合同无效
- D. 丙已取得该房屋的所有权

答案：BD。

解析：根据《物权法》第 15 条规定，A 的说法错误。乙是基于甲的意思表示而占有该房屋的，其占有是合法占有，B 的说法正确。债是具有相容性的，因此，一个标的物上可以同时存在几个债权债务关系，甲享有继承房屋的所有权，且已经办理了产权过户手续的情况下，甲有权与丙签订买卖合同，虽然，甲存在一房二卖的情况，但是，每个买卖合同都是有效的。因此，C 的说法错误。甲是房屋的所有权人，其与丙签订合同出卖自己的房屋并办理了过户登记手续，丙因此取得房屋的所有权，D 的说法正确，本题正确答案是 BD。



第十九条 权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

### 法条精解

本条是关于不动产更正登记和异议登记的规定。

1. 更正登记，是对原登记权利的涂销登记，又是对真正权利的初始登记，是指已经完成的登记，由于当初登记手续的错误或者遗漏，致使登记与原始的实体权利关系不一致。更正登记的目的是对不动产物权订正错误、补充漏洞。但是，更正的程序可能较为费时，有时申请更正的权利人与登记簿上记载的权利人之间的争议一时难以化解，法律有必要建立异议登记制度，作为一种对真正权利人利益的临时性保护措施。

2. 异议登记，就是将事实上的权利人以及利害关系人对不动产登记簿记载的权利所提出的异议记入登记簿。异议登记的法律效力是，登记簿上所记载的权利失去正确性推定的效力，第三人也不得主张依照登记的公信力而受到保护。

由此可见，异议登记虽然可以对真正权利人提供保护，但这种保护应当是临时性的，因为它同时也给不动产物权交易造成了一种不稳定的状态。为使不动产物权的不稳定状态早日恢复正常，法律必须对异议登记的有效期间作出限制。因此，本条规定，申请人在异议登记之日起15日内不起诉的，异议登记失效。申请人在异议登记之日起15日内不起诉，说明异议登记的申请人不积极行使其权利，为使登记簿上记载的权利人的利益和正常的交易秩序不致受到严重的影响，法律规定这时该异议登记失去其效力。

由于异议登记可以使登记簿上所记载的权利失去正确性推定的效力，同时，异议登记的申请人在提出异议登记的申请时也无需充分证明其权利受到了损害，因此，如果申请人滥用异议登记制度，将可能给登记簿上记载权利人的利益造成损害。所以，本条规定，异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

### 重点法条

第二十条 当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。

### 法条精解

#### 1. 预告登记的概念

所谓预告登记，是与本登记相对应的概念，它是指为确保债权的实现、保障将来实现物权等目的，按照约定向登记机构申请办理的预先登记。该项请求权所要达到的目的，是保证将来发生不动产物权变动。这种登记是不动产登记的特殊类型。

#### 2. 预告登记的功能

预告登记的本质是限制现时登记的权利人处分其权利，以保障未来取得物权的请求权人实现其目的。它能够防止登记后不利于被保全的请求权的任何物权变动的发生。《物权法》第20条第1款规定，“预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发物权效力”。预告登记效力属于物权性质，即纳入登记的请求权具有排他效力。经预告登记保全的请求权，不仅可对抗不动产所有权人和其他物权人，也可对抗任意第三人。具体而言：

(1) 保障请求权将来肯定能发生预期的效果。

(2) 保障请求权所指定的物权变动享有登记的顺位。

(3) 在相对人破产时，保障作为请求权标的的不动产不列入破产财产，从而使请求权具有优先于破产债权的效力。



### 3. 预告登记的失效

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起3个月内未申请登记的，预告登记失效。失效后，其利害关系人可申请涂销该预告登记。

## 真题示例

(2009-3-8) 甲公司开发写字楼一幢，于2008年5月5日将其中一层卖给乙公司，约定半年后交房，乙公司于2008年5月6日申请办理了预告登记。2008年6月2日甲公司因资金周转困难，在乙公司不知情的情况下，以该层楼向银行抵押借款并登记。现因甲公司不能清偿欠款，银行要求实现抵押权。下列哪一判断是正确的？

- A. 抵押合同有效，抵押权设立
- B. 抵押合同无效，但抵押权设立
- C. 抵押合同有效，但抵押权不设立
- D. 抵押合同无效，抵押权不设立

答案：C。

**解析：**本题考核预告登记、不动产抵押合同与抵押权的生效时间。本题中，甲与银行之间设立的抵押是不动产抵押，一般情况下，抵押合同自签订之日起生效，抵押权自办理抵押登记之日起设立。据此首先可以判断出甲与银行之间的抵押合同已经生效。因此，BD项错误。另外，根据《物权法》第20条规定，本题中提到的标的物在设定抵押之前已经出售给了乙公司，并办理了预告登记且没有超出上述规定的3个月的期限。因此，在此期限内甲公司无权处分该不动产，即便是实际处分了，也不发生物权的效力。因此，银行不能取得写字楼的抵押权，A项错误，C项正确。

## 重点法条

第二十三条 动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。

第二十四条 船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

第二十五条 动产物权设立和转让前，权利人已经依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。

第二十六条 动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。

第二十七条 动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生法律效力。

## 法条精解

1. 根据第23条的规定，我们可以看出，“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力”，主要是指当事人通过合同约定转让动产所有权和设立动产质权两种情况。物权法上所说的交付，指的是物的直接占有的转移，即一方按照法律行为要求，将物的直接占有移转给另一方的事实。本条规定的“法律另有规定的除外”主要指的是下列情况：

(1) 立法对动产物权的设立和转让的一些特殊情况：动产物权设立和转让前，权利人已经占有该动产的，物权自法律行为生效时发生法律效力；动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付；动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生法律效力。

(2) 立法对主要是非依法律行为而发生的物权变动问题所作的规定。

(3) 立法对动产抵押权和留置权的相关规定。

2. 第24条是关于船舶、飞行器和机动车等物权登记的规定。我们可以看到，船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，也不需要登记，但是未经登记不得对抗善意第三人。也就是说，在当事人就上述特殊动产达成合意，并且已经交付的情况下，依然会发生物权的变动。

3. 第25、26、27条是关于交付的规定。交付即移转占有。交付通常是指现实交付，即直接占有的移转。但是也存在这样一种交付方式，即动产占有只在观念上发生转移。观念交付主要有以下几种：

(1) 简易交付，即受让人已经占有动产，如受让人已经通过寄托、租赁、借用等方式实际占有了动产，则于物权变动的合意成立时，视为交付。



(2) 占有改定,即动产物权的让与人与受让人之间特别约定,标的物仍然由出让人继续占有。这样,在物权让与的合意成立时,视为交付,受让人取得间接占有。

(3) 指示交付,即动产由第三人占有时,出让人将其对于第三人的返还请求权让与受让人,以代替交付。

(4) 拟制交付,即出让人将标的物的权利凭证(如仓单、提单)交给受让人,以代替物的现实交付。

### 真题示例

(2008-3-9) 甲将自己收藏的一幅名画卖给乙,乙当场付款,约定5天后取画。丙听说后,表示愿出比乙高的价格购买此画,甲当即决定卖给丙,约定第二天交货。乙得知此事,诱使甲8岁的儿子从家中取出此画给自己。该画在由乙占有期间,被丁盗走。此时该名画的所有权属于下列哪个人?

- A. 甲
- B. 乙
- C. 丙
- D. 丁

答案:A。

解析:根据《物权法》第23条规定,因为该名画尚未交付给乙,也未交付给丙,所以乙和丙不享有所有权。至于该画最后被甲的儿子取出给了乙,乙也不能因此而取得该画的所有权,因为乙受让的时候不是善意的,而且甲的儿子属于无民事行为能力人,其行为无效。因此,本题的正确答案是A。

### 重点法条

第二十八条 因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

第二十九条 因继承或者受遗赠取得物权的,自继承或者受遗赠开始时发生效力。

第三十条 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。

第三十一条 依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的,处分该物权时,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不生物权效力。

### 法条精解

本条是关于非基于法律行为的物权变动。

非基于法律行为的物权变动指民事法律行为以外的原因取得物权,主要有:

- (1) 因取得时效取得物权;
- (2) 因公用征收或没收取得物权;
- (3) 因法律的规定取得物权(留置权);
- (4) 因附合、混合、加工取得所有权;
- (5) 因继承取得物权;
- (6) 因拾得遗失物、发现埋藏物取得所有权。

考虑到对交易安全的保护,本法明确,依照本法第28条至第30条的规定享有的物权,处分该不动产物权时,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不生物权效力。

### 真题示例

1. (2008-3-8) 中州公司依法取得某块土地建设用地使用权并办理报建审批手续后,开始了房屋建设并已经完成了外装修。对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 中州公司因为享有建设用地使用权而取得了房屋所有权
- B. 中州公司因为事实行为而取得了房屋所有权
- C. 中州公司因为法律行为而取得了房屋所有权
- D. 中州公司尚未进行房屋登记,因此未取得房屋所有权

答案:B。

解析:《物权法》第30条规定,中州公司进行了房屋的建设,其因事实行为取得了房屋所有权,本题正确答案是B。

2. (2008-3-96) 甲继承了一套房屋,在办理产权登记前将房屋出卖并交付给乙,办理产权登记后又





将该房屋出卖给丙并办理了所有权移转登记。丙受丁胁迫将房屋出卖给丁，并完成了移转登记。丁旋即  
将房屋出卖并移转登记于戊。关于戊的权利状态，下列选项正确的是：

- A. 戊享有该房屋的所有权
- B. 戊不享有该房屋的所有权
- C. 戊原始取得该房屋的所有权
- D. 戊继受取得该房屋的所有权

答案：AD。

解析：虽然丁胁迫丙将房屋转移给他，但是因为办理了过户登记，丁就是房屋的所有权人，其将房屋  
转让给戊，戊是善意第三人，戊是基于合同，继受取得了该房屋的所有权，A 和 D 的说法是正确的。

## 重点法条

第三十三条 因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。

第三十四条 无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。

第三十五条 妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

第三十六条 造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。

第三十七条 侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事  
责任。

第三十八条 本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

## 法条精解

1. 物权确认请求权。物权确认请求权是物权保护请求权的一种。物权归属或者内容发生争议，物权人  
可以请求有关行政机关、人民法院等部门确认该物权的归属或者内容。

2. 根据权利人保护物权请求的不同性质，物权的民法保护方法可以分为物权方法和债权方法。

(1) 物权方法。物权方法是指通过行使物上请求权对物权加以保护的方法。物上请求权，即物权的请  
求权，是指物权受到妨害或有被妨害的危险时，物权人为恢复其对权利的控制状态，得请求妨害人为一定  
行为或不为一定行为的权利。

物权方法依物上请求权的内容不同分为：

①请求返还原物。这是指物之所有人或其他物权人于其物被他人非法占有时，有权请求不法占有人返还  
原物，以恢复其对物的占有。

②请求排除妨害。这是指他人以非法占有以外的方式妨害物权人行使其权利时，物权人有权请求其排  
除妨害，以恢复物权人的物权控制状态。

③消除危险。这是指物权人对于尚未发生但有可能发生的妨害，也有权请求有关当事人采取措施加以  
阻却。

(2) 债权方法。物权的债权保护方法是指通过行使债权请求权对权利人的自身利益加以保护的方法。  
债权方法旨在填补受害人所遭受的损失，相比较而言，物权方法更能充分地保护物权人的利益，因此在适  
用次序上，债权方法是次于物权方法的，即只有当物权方法不能使物权得到完整的保护时，才适用债权  
方法。

债权方法的内容主要以赔偿财产损失为主，但也不排除其他方法，如恢复原状、返还不当得利等。

在赔偿损失时，应确定损失的范围，即现有财产的减少和可得财产的失去，但不包括精神损失。

## 重点法条

第三十九条 所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

## 法条精解

1. 所有权的概念

所有权是财产所有人在法律规定的范围内对属于他的财产享有占有、使用、收益、处分的权利。其特  
征有：所有权是绝对权；所有权是排他性的权利；所有权是一种最完全的权利；所有权具有永久性。

2. 所有权的内容

所有权的权能包括占有、使用、收益、处分。

(1) 占有是所有权人对于财产实际上的占领、控制。财产所有人可以自己占有财产，也可以由非所有  
人占有。非所有人的占有分为合法占有和非法占有。非所有人的合法占有指根据法律规定或所有人的意思



而占有他人的财产。非所有人没有法律上的依据而占有他人的财产是非法占有。非法占有又分为善意占有和恶意占有。占有人不知道或无须知道他的占有是非法的为善意占有；占有人知道或应当知道其占有是非法的为恶意占有。

(2) 使用是依照物的性能和用途，并不毁损其物或变更其性质而加以利用。使用权能一般由所有人自己行使，也可以由非所有人行使。

(3) 收益是指收取所有的物的利益，包括孳息和利润。孳息分为法定孳息和自然孳息。前者指依法律关系取得的利益，后者指果实、动物的生产物以及其他依物的用法收取的利益。收益权能一般由所有人行使，他人使用所有物时，除法律或合同另有规定外，收益归所有人所有。

(4) 处分是决定财产事实上和法律上命运的权能。处分分为事实上的处分和法律上的处分。前者是在生产或生活中使物的物质形态发生变更或消灭；后者指依照所有人的意志。通过某种法律行为对财产进行处理。处分权能通常只能由所有人自己行使，只有在法律特别规定的场合，非所有人才能够处分他人所有的财产。

占有、使用、收益、处分一起构成了所有权的内容。但在实际生活中，占有、使用、收益、处分都能够且经常地与所有人发生分离，而所有人仍不丧失对于财产的所有权。

### 真题示例

(2007-3-11) 甲将其父去世时留下的毕业纪念册赠与其父之母校，赠与合同中约定该纪念册只能用于收藏和陈列，不得转让。但该大学在接受乙的捐款时，将该纪念册馈赠给乙。下列哪一选项是正确的？

- A. 该大学对乙的赠与无效，乙不能取得纪念册的所有权
- B. 该大学对乙的赠与无效，但乙已取得纪念册的所有权
- C. 只有经甲同意后，乙才能取得纪念册的所有权
- D. 该大学对乙的赠与有效，乙已取得纪念册的所有权

答案：D。

解析：根据《物权法》第39条和第5条规定，甲在赠与合同中约定学校不得处分（转让）该纪念册违反了物权法定原则，仅具有债的效力，不具有物权效力。因此D项正确，ABC三项错误。

### 重点法条

第四十一条 法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权。

#### 【关联法条】

#### 《物权法》

第四十五条 法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。

国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。

第四十六条 矿藏、水流、海域属于国家所有。

第四十七条 城市的土地，属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地，属于国家所有。

第五十条 无线电频谱资源属于国家所有。

第五十一条 法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。

第五十二条 国防资产属于国家所有。

铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有。

### 法条精解

#### 1. 国家专有的概念

国家专有是指只能为国家所有而不能为任何其他人所拥有。国家专有的财产由于不能为他人所拥有，因此不能通过交换或者赠与等任何流通手段转移所有权，这与非专有的国家财产的性质不同。非专有的国家财产是可以流转的，如国家用于投资的财产。国家专有的财产范围很宽，各项具体的专有财产由各个相关单行法律、行政法规规定，本条只作概括规定。





## 2. 国家专有的财产的范围

国家专有财产包括但不限于以下各项：

(1) 国有土地。依据法律、行政法规的规定，属于国家所有的土地有：城市市区的土地；农村和城市郊区已被征收的土地；依法不属于集体所有的森林、山岭、草地、荒地、滩涂及其他土地等。

(2) 海域。海域属于国家所有。

(3) 水流。宪法规定，水流属于国家所有。

(4) 矿产资源。宪法规定，矿藏属于国家所有。有关法律、行政法规规定煤炭资源、石油资源、盐资源、水晶矿产等属于国家所有。

(5) 野生动物资源。野生动物保护法规定，野生动物资源属于国家所有。

(6) 无线电频谱资源。本法第50条规定，无线电频谱资源属于国家所有。

(7) 国防资产。本法第52条第1款规定，国防资产属于国家所有。

## 重点法条

第四十二条 为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

第四十四条 因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

## 法条精解

### 1. 征收的概念

征收是国家以行政权取得集体、单位和个人的财产所有权的行为。征收的主体是国家，通常是政府部门，政府以行政命令的方式从集体、单位和个人取得土地、房屋等财产，集体、单位和个人必须服从。在物权法上，征收是物权变动的一种极为特殊的情形。征收导致所有权的丧失，当然对所有权人造成损害。因此，征收虽然是被许可的行为，但通常都附有严格的法定条件的限制。

### 2. 征用的概念

征用是国家强制使用单位、个人的财产。强制使用就是不必得到所有权人的同意，在国家有紧急需要时即直接使用。国家需要征用单位、个人的不动产和动产的原因，是抢险、救灾等在社会整体利益遭遇危机的情况下，需要动用一切人力、物力进行紧急救助。所以，法律许可在此种情况下限制单位和个人的财产所有权。

### 3. 征用的条件限制

国家以行政权命令征用财产，被征用的单位、个人必须服从，这一点与征收相同。但征收是剥夺所有权，征用只是在紧急状态下强制使用单位、个人的财产，紧急状态结束后被征用的财产要返还给被征用的单位、个人，因此征用与征收有所不同。本法第42条规定的征收限于不动产，本条规定的征用的财产既包括不动产也包括动产。

由于征用是对所有权的限制。并可能给所有权人造成不利的后果，征用的采用亦有严格的条件限制：

(1) 征用的前提条件是发生紧急情况，因此征用适用于出现紧急情况时，平时不得采用。

(2) 征用应符合法律规定的权限和程序。

(3) 使用后应当将征用财产返还权利人，并且给予补偿，但通常不及于可得利益的损失。

## 重点法条

第五十九条 农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。

下列事项应当依照法定程序经本集体成员决定：

- (一) 土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包;
- (二) 个别土地承包经营权人之间承包地的调整;
- (三) 土地补偿费等费用的使用、分配办法;
- (四) 集体出资的企业的所有权变动等事项;
- (五) 法律规定的其他事项。

第六十条 对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等,依照下列规定行使所有权:

- (一) 属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权;
- (二) 分别属于村内两个以上农民集体所有的,由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权;
- (三) 属于乡镇农民集体所有的,由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。

### 法条精解

#### 1. 集体所有权的三种情况

(1) 对于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权。这里的“村”是指行政村,即设村民委员会的村,而非自然村。该行政村农民集体所有的土地等集体财产,就由该行政村集体经济组织来代表集体行使所有权。在许多农村没有村集体经济组织或者该集体经济组织不健全,难以履行集体所有土地的经营、管理等行使所有权任务的情况,需要由行使自治权的村民委员会来代表行使集体所有权。

(2) 分别属于村内两个以上农民集体所有的,由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权。这里“分别属于村内两个以上农民集体所有”主要是指该农民集体所有的土地和其他财产在改革开放以前就分别属于两个以上的生产队,现在其土地和其他集体财产仍然分别属于相当于原生产队的各该农村集体经济组织或者村民小组的农民集体所有。这里的“村民小组”是指行政村内的由村民组成的自治组织。根据村民委员会组织法的规定,村民委员会根据居住地区划分若干个村民小组。如果村内有集体经济组织的,就由村内的集体经济组织行使所有权;如果没有村内的集体经济组织,则由村民小组来行使。

(3) 乡镇农民集体所有的,由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。这种情况包括:一是指改革开放以前,原来以人民公社为核算单位的土地,在公社改为乡镇以后仍然属于乡镇农民集体所有;二是在人民公社时期,公社一级掌握的集体所有的土地和其他财产仍然属于乡镇农民集体所有。上述两种情况下,由乡镇集体经济组织来行使所有权。

#### 2. 行使所有权的含义

(1) 行使集体所有权的客体,不但包括集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂,也包括集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施;集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施;以及集体所有的其他不动产和动产。

(2) 所有权的内容就是对集体所有的财产享有占有、使用、收益和处分的权利,例如,对集体所有的土地进行发包,分配宅基地等。

(3) 村集体经济组织、村委会和村民小组不是集体财产的所有人,只是依法代表集体行使所有权,并且向所属集体负责,接受其监督。

### 重点法条

第六十一条 城镇集体所有的不动产和动产,依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。

### 法条精解

本条是关于城镇集体财产权利的规定。本条的含义主要有以下几项内容:

1. 集体财产权行使的主体是本集体。集体所有、集体管理、集体经营是集体所有制的应有之义,因此,行使城镇集体财产权的只能是该集体,而不能由个别集体成员独断专行。

2. 集体财产权的客体只能是属于该城镇集体所有的不动产和动产。如果城镇集体企业已经改制了,如成为有限责任公司或者股份有限公司、个人独资企业或者合伙企业的,就不适用本条,而分别适用公司法、个人独资企业法或者合伙企业法的有关规定。

3. 城镇集体财产权的内容,包括对本集体所有财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利。作为本







集体所有财产的所有人，当然享有所有权的“占有、使用、收益和处分”四项权能，全面支配本集体所有的财产。

4. 行使财产权应当依照法律、行政法规的规定。现行法律方面主要是宪法、民法通则和本法等有关规定。行政法规目前主要是城镇集体所有制企业条例。今后，随着城镇集体企业改革的不断深入，在实践经验比较成熟时，还会制订或者修改相关的法律、行政法规。

## 重点法条

第六十三条 集体所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。

集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

## 法条精解

### 1. “集体所有的财产”的范围

依照本条规定，我们可以知道，集体所有的财产主要是指本法所规定的集体所有的不动产和动产，包括法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂；集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；以及集体所有的其他不动产和动产。从所有者来讲，既包括农民集体所有的财产，也包括城镇集体所有的财产。

### 2. 对损害集体财产行为的处罚

本条强调了禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏集体财产。侵占、哄抢、私分、破坏集体所有财产的，应当承担返还原物、恢复原状、赔偿损失等民事责任；触犯治安管理处罚法和刑法的，还应当承担相应的法律责任，有关单位的责任人也要依法承担行政甚至是刑事责任。

### 3. 集体成员诉权

关于集体成员诉权，主要有以下几个内容：

(1) 每个集体经济组织成员都有权针对集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的损害其权益的决定，向人民法院请求撤销该决定。本条规定的集体经济组织不仅包括农村集体经济组织，也包括城镇集体经济组织；

(2) 提起诉讼的事由，是集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定，侵害了该集体成员的合法财产权益；

(3) 提起诉讼的时间，本条有明确限制。根据民法通则的规定，除法律另有规定外，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年。诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。因此，集体成员可从知道或者应当知道其权利被侵害时起2年内向人民法院提起诉讼，请求撤销集体经济组织或者村民委员会或其负责人作出的不当决定。

## 重点法条

第七十条 业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

## 法条精解

### 1. 建筑物区分所有权的概念

建筑物区分所有权，是指多个所有人共同拥有一栋高层建筑物时，各个所有人对其专有部分所享有的所有权，对共有部分所享有的共有权以及基于建筑物的管理、维护和修缮等共同事务而产生的成员权的总称。基于物权客体的独立性原则，区分所有的特定部分，须具备一定的条件，才可以为建筑物区分所有的客体。这些条件有：

(1) 须具有构造上的独立性，即被区分的部分在建筑物的构造上可以被区分，而与建筑物其他部分隔离。

(2) 须具有使用上的独立性，即建筑物被区分的各部分，可以为居住、工作或其他目的而使用。

### 2. 建筑物区分所有权的特征

(1) 建筑物区分所有权具有集合性与主导性。构成建筑物区分所有权的三项要素即专有所有权、共有

所有权（还有土地使用权）和共同管理权这些不同的权利是集合在一起的。

（2）建筑物区分所有权具有整体性与不可分割性。建筑物区分所有权的专有所有权、共有所有权和共同管理权三项权利必须结合为一个整体，不可分离。在转让、处分、抵押、继承其权利时，必须将此三者视为一体，不得保留部分权利而转让、处分、抵押、继承其他权利；他人在受让区分所有权时，亦即必须同时取得结为一体的三项权利。同时，在同一栋建筑物上，不能既设定区分所有权，又设定一般所有权。要设定区分所有权，必须将整栋建筑物都区分为专有部分和共有部分，并设定相应的所有权和共有权，否则在权利归属和利益分配上将发生混乱。

（3）建筑物区分所有权具有权利主体身份的多重性。由于建筑物区分所有权由专有所有权、共有所有权及共同管理（成员）权所构成，因而区分所有权人的身份具有多重性，即专有所有权人、共有所有权人及成员权人（业主）。而在一般不动产所有权，其权利主体身份只能是单一的，要么作为所有权人，要么作为共有权人，而不得同时具有所有权人和共有权人的双重身份。

（4）建筑物区分所有权具有权利内容的复杂性。建筑物区分所有权的内容，即主体间的权利义务关系非常复杂，主要表现为三个方面的权利义务关系：一是权利主体作为专有权人的权利义务关系；二是权利主体作为共有权人的权利义务关系；三是权利主体作为共同管理团体（业主大会、业主委员会）成员的权利义务关系。这三方面的权利义务关系经常互相交织，更显现它的复杂性。

### 3. 建筑物区分所有的内容

（1）专有部分所有权，这是指数人区分一建筑物而各有的那一部分，以此专有部分为客体的区分所有权，为各区分所有人单独所有，在性质上与一般所有权并无不同。但此项专有部分与同一建筑物上其他专有部分，有密切的关系，彼此休戚相关，具有共同的利益。因此，区分所有人就专有部分的使用、收益、处分，不得违反各区分所有人的共同利益。

（2）共有部分所有权，这是区分所有的建筑物及其附属物的共同部分，即专有部分之外的建筑物的其他部分。建筑物的共有部分，为相关区分所有人所共有，均不得分割。各区分所有人对共有部分，应按其目的加以使用。共有部分的修缮费以及其他负担，由各区分所有人按其所有部分的价值分担。另外，区分所有人为管理区分所有的建筑物，可以设置管理委员会，管理委员会由区分所有人或其代表组成，对建筑物的保存、使用，进行管理。

（3）成员权，内容包括：①表决权；②选举权和被选举权；③建议权。

### 真题示例

（2008-3-58）王某有一栋两层楼房，在楼顶上设置了一个商业广告牌。后王某将该楼房的第二层出售给了张某。下列哪些选项是正确的？

- A. 张某无权要求王某拆除广告牌
- B. 张某与王某间形成了建筑物区分所有权关系
- C. 张某对楼顶享有共有和共同管理的权利
- D. 张某有权要求与王某分享其购房后的广告收益

答案：ABCD。

解析：根据《物权法》第70条规定，王某与张某形成了建筑物区分所有权的关系，二人对楼顶享有共有和共同管理的权利，B和C的说法正确，当选。根据《物权法》第76条规定，张某无权要求王某拆除广告牌，A的说法也正确，当选。根据《物权法》第80条规定，D的说法也是正确的，张某有权要求与王某分享收益。本题正确答案是ABCD。

### 重点法条

第七十一条 业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

### 法条精解

本条是关于业主对专有部分行使所有权的规定。本法第70条规定，业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权。本条则对这一所有权的具体权能作出规定，即业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。按照这一规定，业主对建筑物内属于自己所有的住宅、经营性用房等专有





部分可以直接占有、使用，实现居住或者营业的目的；也可以依法出租，获取收益；还可以出借，解决亲朋好友居住之难，加深亲朋好友间的亲情与友情；或者在自己的专有部分上依法设定负担，例如为保证债务的履行将属于自己所有的住宅或者经营性用房抵押给债权人，或者抵押给金融机构以取得贷款等；还可以将住宅、经营性用房等专有部分出售给他人，对专有部分予以处分。业主的专有部分是人建筑物的组成部分，但与共有部分不可分离，因此，建筑物的专有部分与共有部分具有一体性、不可分离性，故业主对专有部分行使所有权应受到一定限制。对此，本条规定，业主行使专有部分所有权时，不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

## 重点法条

第七十二条 业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。

业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。

## 法条精解

### 1. 业主对专有部分以外的共有部分的权利义务

本条明确规定，业主对专有部分以外的共有部分既享有权利，又承担义务。具体包括三部分内容：

(1) 业主对专有部分以外的共有部分享有共有权，即每个业主在法律对所有权未作特殊规定的情形下，对专有部分以外的走廊、楼梯、过道、电梯、外墙面、水箱、水电气管线等共有部分，对道路、绿地、公用设施、物业管理用房以及其他公共场所等共有部分享有占有、使用、收益或者处分的权利。但是，如何行使占有、使用、收益或者处分的权利，还要依据物权法及相关法律、法规和建筑区划管理规约的规定。例如，本法第80条规定，建筑物共有部分的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定。

(2) 业主对专有部分以外的共有部分的共有权，还包括对共有部分共负义务。同样，业主对共有部分如何承担义务，也要依据物权法及相关法律、法规以及管理规约的规定。例如依据本法第83条的规定，业主对共有部分承担的义务有，不得在共有部分任意弃置垃圾、违章搭建，不得随意侵占通道等。又如，《物业管理条例》第55条规定，利用物业共用部位、共用设施进行经营的，应当在征得相关业主、业主大会、物业管理企业的同意后，按照规定办理有关手续。

(3) 业主对专有部分以外的共有部分不仅享有共有的权利，还享有共同管理的权利，有权对共用部位与共用设施设备的使用、收益、维护等事项行使管理的权利，同时对共有部分的管理也负有相应的义务。由于业主对专有部分以外的共有部分既享有权利，又负有义务，有的业主就可能以放弃权利为由，不履行义务。对此，本条明确规定，业主不得以放弃权利为由不履行义务。

### 2. 专有权、共有权和管理权的不可分离性

业主的建筑物区分所有权是一个集合权，包括对专有部分享有的所有权、对建筑区划内的共有部分享有的共有权和共同管理的权利，这三种权利具有不可分离性。在这三种权利中，业主对专有部分的所有权占主导地位，是业主对专有部分以外的共有部分享有共有权以及对共有部分享有共同管理权的前提与基础。没有业主对专有部分的所有权，就无法产生业主对专有部分以外共有部分的共有权，以及对共有部分的共同管理的权利。如果业主丧失了对专有部分的所有权，也就丧失了对共有部分的共有权及对共有部分的共同管理的权利。因此本条规定，业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。

## 重点法条

第七十三条 建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。

第七十九条 建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。维修资金的筹集、使用情况应当公布。

## 法条精解

1. 《物权法》第73条是关于建筑区划内的道路、绿地、公用设施、物业服务用房和其他公共场所归属的规定。

2. 《物权法》第79条是关于建筑物及其附属设施的维修基金的归属、用途以及筹集与使用的规定。这一规定首先明确了建筑物及其附属设施的维修资金是属于业主共有。但是建筑物及其附属设施的维修资金的使用关系着业主专有部分以外的共有部分，共用设施设备保修期满后的维修、更新、改造、维护等，关系着每个业主的切身利益。因此，本条规定维修资金的使用应当经业主共同决定。业主如何决定维修资金的使用，要依据《物权法》第76条的规定作出决定。

为便于业主及时了解建筑物及其附属设施维修资金的筹集情况，依法监督维修资金的使用，本条明确规定，维修资金的筹集、使用情况应当予以公布。

### 重点法条

第七十四条 建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。

建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。

### 法条精解

根据《物权法》的上述规定，我们可以看到，建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库并非建筑物区分所有人共有权人的客体，而是归开发商所有，只不过开发商首先应当满足业主的需要，即在开发商出售或出租该车位、车库时，在同等条件下，业主享有优先购买权或者说是优先承租权；至于说“建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定”，并不改变建筑区划内用于停放汽车的车位、车库原本属于开发商所有的性质，只不过是开发商在销售房屋时又以出卖人、出租人或赠与人的身份，将原本属于其所有的车位、车库出卖、出租或附赠给业主。

### 重点法条

第七十五条 业主可以设立业主大会，选举业主委员会。

地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。

第七十六条 下列事项由业主共同决定：

- (一) 制定和修改业主大会议事规则；
- (二) 制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；
- (三) 选举业主委员会或者更换业主委员会成员；
- (四) 选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；
- (五) 筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；
- (六) 改建、重建建筑物及其附属设施；
- (七) 有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

### 【关联法条】

#### 《物权法》

第七十八条 业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。

业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。

第八十三条 业主应当遵守法律、法规以及管理规约。

业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费或者损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。

### 法条精解

#### 1. 业主大会的概念

业主大会是业主的自治组织，是基于业主的建筑物区分所有权的行使产生的，由全体业主组成，是建筑区划内建筑物及其附属设施的管理机构。因此只要是建筑区划内的业主，就有权参加业主大会，行使专有部分以外共有部分的共有权以及共同管理的权利，并对小区内的业主行使专有部分的所有权作出限制性





规定，以维护建筑区划内全体业主的合法权益。

## 2. 业主表决权的行使

(1) 筹集、使用建筑物及其附属设施的维修资金，改建、重建建筑物及其附属设施，是建筑区划内较为重大的事情，不能由业主以简单多数的表决形式作出决定，因此本条第2款规定，决定筹集、使用建筑物及其附属设施的维修资金，改建、重建建筑物及其附属设施，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。这一规定表明，筹集、使用建筑物及其附属设施的维修资金，或者改建、重建建筑物及其附属设施的决定的作出，必须同时具备两个条件，才为有效的决定。第一个条件是，必须获得专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主的同意；第二个条件是，必须获得占业主总人数的三分之二以上的业主的同意。

(2) 除筹集、使用建筑物及其附属设施的维修资金，改建、重建建筑物及其附属设施外的其他事项，属于建筑区划内的一般性、常规性事务，可以采取普通多数同意的方式。对此，本条第2款规定，决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。这一规定表明，建筑区划内的一般性、常规性事务，虽然可以采取普通多数同意的方式作出，但也必须同时符合如下两个条件：一是必须获得专有部分占建筑物总面积过半数的业主的同意；二是必须获得占总人数过半数的业主同意。

## 3. 业主大会、业主委员会决定的效力

业主大会或者业主委员会作为自我管理的权力机关和执行机关，其作出的决定，对业主应当具有约束力。另外，赋予了业主请求人民法院撤销业主大会或者业主委员会作出的不当决定的权利。

## 4. 对违规行为的处理办法

这一规定明确了对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费 etc 损害他人合法权益行为的处理办法有以下几种：

(1) 业主大会、业主委员会依照法律、法规以及管理规约的规定，要求其停止侵害、消除危险、排除妨碍，赔偿损失；

(2) 受到侵害的业主个人依据民事诉讼法等法律的规定，向人民法院提起诉讼；

(3) 共同受到侵害的业主，推选代表人，依据民事诉讼法等法律的规定，向人民法院提起诉讼。

## 重点法条

第八十四条 不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

第八十五条 法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。

第八十六条 不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利。

对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。对自然流水的排放，应当尊重自然流向。

第八十七条 不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。

第八十八条 不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。

第八十九条 建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

第九十条 不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。

第九十一条 不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。

第九十二条 不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予赔偿。

## 【关联法条】

## 《民法通则》

第八十三条 不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。



## 《民通意见》

97. 相邻一方因施工临时占用他方使用的土地，占用的一方如未按照双方约定的范围、用途和期限使用的，应当责令其及时清理现场，排除妨碍，恢复原状，赔偿损失。

98. 一方擅自堵截或者独占自然流水，影响他方正常生产、生活的，他方有权请求排除妨碍；造成他方损失的，应负赔偿责任。

99. 相邻一方必须使用另一方的土地排水的，应当予以准许；但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水，如仍造成损失的，由受益人合理补偿。

相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取，向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产，他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失的，应当予以支持。

100. 一方必须在相邻一方使用的土地上通行的，应当予以准许；因此造成损失的，应当给予适当补偿。

101. 对于一方所有的或者使用的建筑物范围内历史形成的必经通道，所有权人或者使用权人不得堵塞。因堵塞影响他人生产、生活，他人要求排除妨碍或者恢复原状的，应当予以支持。但有条件另开通道的，也可以另开通道。

102. 处理相邻房屋滴水纠纷时，对有过错的一方造成他方损害的，应当责令其排除妨碍、赔偿损失。

103. 相邻一方在自己使用的土地上挖水沟、水池、地窖等或者种植的竹木根枝伸延，危及另一方建筑物的安全和正常使用的，应当分别情况，责令其消除危险，恢复原状，赔偿损失。

## 法条精解

### 1. 相邻关系的概念

相邻关系是指，两个或两个以上相互毗邻不动产的所有人或使用人，在行使占有、使用、收益、处分权利时发生的相互权利义务关系。常见的相邻关系有：相邻土地使用关系；相邻防险、排污关系；相邻用水、流水、截水、排水关系；相邻管线安设关系；相邻光照、通风、音响、震动关系；相邻竹木归属关系。

### 2. 相邻关系的特征

(1) 相邻关系的主体是相互毗邻的不动产的所有权人或使用权人。

(2) 相邻关系的客体是行使不动产权利时所体现的利益。

(3) 相邻关系的内容主要是一方有权要求另一方给予必要的便利，而另一方的权利因此受到限制。

### 3. 相邻关系的种类

(1) 因自然资源的使用或所有而产生的相邻关系；

(2) 因宅基地的使用而产生的相邻关系；

(3) 因用水、排水产生的相邻关系；

(4) 因修建施工、防险发生的相邻关系；

(5) 因排污产生的相邻关系；

(6) 因通风、采光而产生的相邻关系。

4. 处理相邻关系的原则：有利生产，方便生活；团结互助；公平合理。

## 真题示例

(2005-3-3) 甲、乙、丙依次比邻而居。甲为修房向乙提出在其院内堆放建材，乙不允。甲遂向丙提出在其院内堆放，丙要求甲付费200元，并提出不得超过20天，甲同意。修房过程中，甲搬运建材须从乙家门前经过，乙予以阻拦。对此，下列哪一种说法不正确？

A. 乙无权拒绝甲在其院内堆放建材

B. 乙无权阻拦甲经其门前搬运建材

C. 甲应依约定向丙支付占地费

D. 若建材堆放时间超过20天，丙有权要求甲清理现场

答案：A。

解析：本题考察地役权和相邻权的区别。本题目在我国《物权法》出台前设置，但是题目和答案均与《物权法》的立法精神保持一致，所以现结合《物权法》的相关规定对本题进行分析。我国《物权法》第156条、第158条和第159条对地役权做了明确的规定，而《民法通则》第83条对相邻关系做出了明确的规定。甲在乙的院内堆放建材，已经超出相邻关系的必要性。只有通过合同设定地役权才能取得这一权利。



故乙有权拒绝甲在其院内堆放建材，A项错误。根据《民通意见》第100条规定，甲从乙门前经过是法律规定的相邻权，乙无权阻止甲，故B项正确。由题目可知，甲和丙签订的是地役权合同，由《物权法》第160条和《民通意见》第97条规定可知，C、D选项正确。

## 重点法条

第九十三条 不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。

第九十四条 按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。

第九十五条 共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。

### 【关联法条】

#### 《物权法》

第一百零三条 共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

第一百零四条 按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

第一百零五条 两个以上单位、个人共同享有用益物权、担保物权的，参照本章规定。

#### 《民法通则》

第七十八条 财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。共同共有人对共有财产享有权利，承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。

## 法条精解

### 1. 共有的概念

共有指两个或两个以上的人（公民或法人）对同一项财产享有财产权。在共有的概念中要区分共有与公有的关系问题。共有和公有不同。“公有”是指社会经济制度，即公有制。就公有财产权来说，它和共有在法律性质上的不同，主要表现在：

（1）共有财产的主体是多个共有人，而公有财产的主体是单一的，在我国为国家或集体组织。全民所有的财产属于国家所有，集体所有的财产则属于某集体组织成员集体所有。

（2）公有财产已经脱离个人而存在，它既不能实际分割为个人所有，也不能由个人按照一定的份额享有财产权利。在法律上，任何个人都不能成为公有财产的权利主体。所以，有人认为集体所有是一种共同共有的观点是不对的，集体所有是一种抽象的概念，集体所有的财产不能量化到集体经济组织的成员。而在共有的情况下，特别是在公民个人的共有关系中，财产并没有脱离共有人而存在。共有财产在归属上为共有人所有，是共有人的财产。所以，单个公民退出或加入公有组织并不影响公有财产的完整性，但是，公民退出或加入共有组织（如合伙），就会对共有财产发生影响。

### 2. 共有的法律特征

（1）共有的主体必须是多数人。只有两个或者两个以上的民事主体同时享有某一个民事权利，承担某一个民事义务的时候才叫共有。在这一点上共有与其他财产所有权形态不同，它的主体必须是多数人，而不能是单一的主体。

（2）共有的客体是特定的独立物。共有物在共有关系存续期间，不能分割为各个部分由各个共有人分别享有所有权，而是由各个共有人共同享有其所有权，各个共有人的权利及共有物的全部。也就是说，共有的客体，必须是特定的同一项财产。

### 3. 共有的分类

共有可分为：按份共有、共同共有、准共有。具体来说：

（1）按份共有，又称“分别共有”，是与共同共有相对应的一项制度，即数人按应有份额（部分）对共有物共同享有权利和分担义务的共有。在按份共有中，各共有人对共有物享有不同的份额。各共有人的份额，又称应有份，其具体数额一般是由共有人约定明确的。在按份共有中，各共有人的应有份额必须是明确的，如果按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，依照本法第



104 条规定,按照出资额确定;不能确定出资额的,视为等额享有。按份共有与分别所有是不同的。在按份共有中,各个共有人的权利不是局限在共有财产的某一部分上,或就某一具体部分单独享有所有权,而是各共有人的权利均及于共有财产的全部。当然,在许多情况下,按份共有人的份额可以产生和单个所有权一样的效力,如共有人有权要求转让其份额。但是各个份额并不是一个完整的所有权,如果各共有人分别单独享有所有权,则共有也就不复存在了。

在按份共有中,每个共有人对共有财产享有的权利和承担的义务,是依据其不同的份额确定的。共有人的份额决定了其权利义务的范围。共有人对共有物持有多大的份额,就对共有物享有多大权利和承担多大义务,份额不同,共有人对共有财产的权利义务也不同。

(2) 共同共有是指两个或两个以上的民事主体,根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。

共同共有的特征是:①共同共有根据共同关系而产生,以共同关系的存在为前提,例如夫妻关系、家庭关系;②在共同共有关系存续期间内,共有财产不分份额。这是共同共有与按份共有的主要区别;③在共同共有中,各共有人平等地对共有物享受权利和承担义务。

关于共同共有的形式,我国学界普遍认为共同共有包括“夫妻共有”、“家庭共有”和“遗产分割前的共有”。

夫妻共有:共同共有最典型的形式就是夫妻共有。我国有《婚姻法》第 17 条规定,夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有:一是工资、奖金;二是生产、经营的收益;三是知识产权的收益;四是继承或赠与所得的财产,但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外;五是其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。例如,夫妻双方出卖、赠与属于夫妻共有的财产,应取得一致的意见。夫妻一方明知另一方处分财产而未作否定表示的,视为同意。

家庭共有:家庭共有财产是指家庭成员在家庭共同生活关系存续期间,共同创造、共同所得的财产。例如,家庭成员交给家庭的财产、家庭成员共同受赠的财产,以及在此基础上购置和积累起来的财产等。概言之,家庭共有财产是家庭成员的共同劳动收入和所得。家庭共有财产和家庭财产的概念是不同的。家庭财产是指家庭成员共同所有和各自所有的财产的总和,包括家庭成员共同所有的财产、夫妻共有财产和夫妻个人财产、成年子女个人所有的财产、其他家庭成员各自所有的财产等。家庭共有财产则不包括家庭成员各自所有的财产。

遗产分割前的共有:共同共有的共有人只有在共有关系消灭时才能协商确定各自的份额。当共有人对共有的不动产或动产没有约定为按份共有或者共同共有,或者约定不明确的,如果推定为共同共有,共有人对共有财产的份额还是不明确的。因此,本法规定:共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有,或者约定不明确的,除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有。这样规定,就能很明确地确定各共有人享有的份额。

(3) 准共有是指数人按份共有或者共同共有数人共同共有所有权以外的财产权。准共有有以下特征:①准共有的标的物是所有权之外的财产权,包括用益物权、担保物权等。②准共有即准用共有的有关规定,各人就所有权之外的财产究竟是准用共同共有还是按份共有,应当视其共有关系而定。③准共有准用按份共有或共同共有的前提,是规范该财产权的法律没有特别规定;如果有,则应首先适用该特别规定。

### 真题示例

(2006-3-7) 甲、乙共同继承平房两间,一直由甲居住。甲未经乙同意,接该房右墙加盖一间房,并将三间房屋登记于自己名下,不久又将其一并卖给了丙。下列哪种说法是正确的?

A. 甲、乙是继承房屋的按份共有人

B. 加盖的房屋应归甲所有

C. 加盖的房屋应归甲、乙共有

D. 乙有权请求丙返还所购三间房屋

答案: B。

解析: 甲、乙共同继承的房屋在遗产分割之前属于其共同共有,所以 A 项是错误的。甲加盖的房屋是接在该房屋右墙以外的,与甲乙共同共有的房屋相互独立,甲原始取得其加盖房屋的所有权,所以 B 项是正确的, C 项是错误的。根据《民通意见》第 89 条规定,甲对其加盖的房屋有处分权,对其与乙共同共有的房屋无处分权,但由于甲为三间房屋的登记所有人,且丙又为善意,所以根据公示公信原则,丙取得三间房屋的所有权,乙无权要求返还,所以 D 项是错误的。





第九十六条 共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

第九十七条 处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。

第九十八条 对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。

### 法条精解

我国《物权法》第97条区分按份共有和共同共有，对共有物的处分或者重大修缮问题作出了不同的规定。

#### 1. 对按份共有物的处分

我国物权法对按份共有物的处分问题上兼顾效益原则和公平原则，在对共有物的处分问题上，实行“多数决”原则，即：占份额三分之二以上的按份共有人同意，即可处分共有物。

#### 2. 对按份共有物的重大修缮

按份共有人对共有物的重大修缮，在我国台湾地区被称为对共有物的改良。对共有物的重大修缮或称改良行为，是在不改变共有物性质的前提下，提高共有物的效用或者增加共有物的价值。由于对共有物的重大修缮较对共有物的保存而言耗费较大，需要各共有人按照自己所占共有物份额的比例支付重大修缮费用，因此为维护多数共有人的利益，我国物权法对共有物作重大修缮的行为规定实行“绝对多数决”的原则，即占共有物三分之二以上份额的共有人同意，才能对共有物作重大修缮。

#### 3. 对共同共有物的处分

共同共有根据共同关系而产生，以共同关系的存在为前提。共同共有最重要的特征之一就是各共有人平等地对共有物享受权利和承担义务。因此，处分共有物必须经全体共同共有人同意。

我国在司法实践中也是坚持对共有物须经全体共同共有人一致决的原则。《民通意见》规定，共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。

法律规定对共有物的处分须经全体共同共有人同意，但共有人另有约定的除外。

#### 4. 对共同共有物的重大修缮

无论是夫妻共有财产，还是家庭共有财产，对共有财产作重大修缮，特别是对价值较大的共有财产作重大修缮，往往事关各共有人的利益，一般需要从共有财产中支付费用，还可能基于修缮而使共有人在一段时间内不能使用，或者影响共有物所创造的价值。所以本条规定，在对共有物作重大修缮的，须经全体共同共有人一致同意，但共有人另有约定的除外。

#### 5. 关于对共同共有物规定“一致决”的理论基础

共同共有以法律规定的或者合同约定的共同关系为前提，而这种共有关系的当事人之间在多数情况下具有一定的人身关系，如婚姻关系或者亲属关系。家庭是社会的细胞，家庭成员之间除具有人身关系之外，还具有一定的财产关系，而共同共有则作为家庭财产的一个常态。法律为了维护家庭关系的稳定，有必要对夫妻共有、家庭共有等共有形式的共有人之间的权利义务作出明确规定，以保护各共有人利益的同时，也维护共有人之间的和睦。

#### 6. 对共有物的管理费用

(1) 对共有物的保存费用，即为保持共有物免于毁损、灭失，处于良好安全状态或使用状态而支付的费用。例如对共有的汽车在一年中支付的保险费、养路费、车船使用税、保养费、存放费等。

(2) 对共有物作简易修缮或者重大修缮所支出的费用，如修理共有的电视机所支付的修理费；装修共有的房屋所支付的费用。

#### 7. 对共有物的其他负担

对共有物的其他负担包括因为共有物对共有人以外的人造成损害，而向受害人支付的赔偿金等。如共有的房屋倒塌造成他人损害，而向受害人赔偿的医疗费、误工损失费。

(1) 在按份共有中，对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不



明确的,按份共有人按照其份额负担。

(2) 在共同共有中,对共有物的管理费用以及其他负担,原则上由共同共有人共同负担,即由其他的共有财产,如共有的积蓄中支付。但是共同共有人另有约定的,依照其约定。

## 重点法条

第九十九条 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产,以维持共有关系的,应当按照约定,但共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割;没有约定或者约定不明确的,按份共有人可以随时请求分割,共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的,应当给予赔偿。

第一百条 共有人可以协商确定分割方式。达不成协议,共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的,应当对实物予以分割;难以分割或者因分割会减损价值的,应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的,其他共有人应当分担损失。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

90. 在共同共有关系终止时,对共有财产的分割,有协议的,按协议处理;没有协议的,应当根据等分原则处理,并且考虑共有人对共有财产的贡献大小,适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产,应当根据婚姻法的有关规定处理。

## 法条精解

1. 依据本条规定,分割共有财产的基本原则有三:

(1) 依据共有人约定分割的原则。无论是按份共有还是共同共有,共有人对共有财产的分割有约定的,依其约定。共有人约定不得分割共有的不动产或者动产以维持共有关系的,应当按照约定,但共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割。

(2) 依法分割的原则。共有人对共有财产是否可以分割,在什么情况下可以分割没有约定,或者约定不明确的,应当依据本条的规定予以分割。即按份共有人可以随时请求分割,共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。

①按份共有人可以随时请求分割。按份共有是各共有人按照确定的份额对共有财产享有权利承担义务的共有。按份共有人对其应有份额享有相当于分别所有的权利。因此,按份共有关系存续期间,按份共有人有权请求从共有财产中分割出属于自己的份额。这种请求不需要征得其他共有人的同意,只要共有人提出请求,就会产生分割的后果。

②共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。共同共有是共有人对全部共有财产不分份额地享有权利承担义务的共有。在共有关系存续期间,各共有人对共有财产没有确定的份额,无论在权利的享有上还是在义务的负担上都无份额比例之分。那么,在共有人对共有财产的分割没有约定的情况下,通常共有人只有在共同共有关系消灭时才能协商确定各自的财产份额,对共有财产予以分割。因此,本条规定共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割共有财产。共同共有人共有的基础丧失,如夫妻财产的共同共有,因婚姻关系的解除而失去了共有的基础,在这种情况下,夫或者妻一方可以请求分割共有的财产。有重大理由需要分割,如在婚姻关系存续期间,夫妻二人约定由原来的夫妻共同财产制,改变为夫妻分别财产制,在这种情况下,夫或者妻一方可以请求分割共有的财产。

(3) 损害赔偿的原则。共有财产关系的客体为一项特定的统一的财产,其功能、作用、价值是确定的。因某些法定的特殊原因,共有人分割共有财产,会使共有财产的功能丧失或者削弱,降低它的价值,有可能给其他共有人造成损害,因此本条规定,因分割对其他共有人造成损害的,应当给予赔偿。

2. 具体分割。共有的不动产或者动产,可以采取各共有人间协商确定的方式。协商的内容,由共有人自由决定,当然须得共有人全体的同意。当无法达成协议时,共有人可提请法院进行裁判分割。裁判分割应遵循本条关于实物分割、变价分割或者折价赔偿的原则规定:

(1) 实物分割。在不影响共有物的使用价值和特定用途时,可以对共有物进行实物分割。

(2) 变价分割。如果共有物无法进行实物分割,实物分割将减损物的使用价值或者改变物的特定用途时,应当将共有物进行拍卖或者变卖,对所得价款进行分割。还有一种情形,也适用变价分割的方式,即



各共有人都不愿接受共有物，这时也可采取将共有物出卖，分割价金的方式。

(3) 折价分割。折价分割方式主要存在于以下情形，即对于不可分割的共有物或者分割将减损其价值的，如果共有人中的一人愿意取得共有物，可以由该共有人取得共有物，并由该共有人向其他共有人折价赔偿。

3. 共有人的瑕疵担保责任。第100条第2款规定，共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失，即所谓瑕疵担保责任，包括权利的瑕疵担保责任和物的瑕疵担保责任。前者指共有人应担保第三人就其他共有人分得之物不得主张任何权利；后者指共有人对其他共有人应担保其分得部分于分割前未隐含瑕疵。本款的规定是为了防止共有物分割后，共有人发现权利或者利益受到侵害而得不到赔偿的情况发生。此种瑕疵担保责任，应同于合同法中出卖人对买受人所负的瑕疵担保责任。

## 重点法条

第一百零一条 按份共人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

92. 共同共有财产分割后，一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时，如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人主张优先购买权的，应当予以支持。

## 法条精解

### 1. 按份共有人可以转让其享有的共有份额

本条规定了在共有关系存续期间，按份共有人有权转让其享有的共有的不动产或者动产份额。规定各共有人有权处分其份额的原因如下：

(1) 按份共有中各共有人的所有权可划分份额，各共有人拥有其份额，自然有权将其份额进行处分，这是买卖自由原则的体现，也是所有权的本质所决定的。

(2) 我国现行法的规定也未限制共有人处分其份额的权利。

(3) 其他国家和地区有类似的立法例。

### 2. 共有人转让其份额时其他共有人享有优先购买权

本条规定了共有人转让其份额时，其他共有人在同等条件下享有优先购买权。此处“同等条件下”是指，其他共有人就购买该份额所给出的价格等条件与欲购买该份额的非共有人相同。即当其他共有人与此外的其他人出价相同时，其他共有人有优先购买的权利。法律规定其他共有人的优先购买权是为了简化共有关系，防止因外人的介入而使共有人内部关系趋于复杂。此处优先购买权是共有人相对于非共有人而言的，在共有人之间并无优先的问题，当数个共有人均欲行使其优先购买权时，应由出卖人自行决定。此种优先购买权仅具有债的效力，不得对抗善意第三人。而且共有人有相反的约定的，依其约定。关于共有人的优先购买权，我国现行法律、其他国家和地区都有类似规定。

## 真题示例

(2005-3-12) 甲、乙按20%和80%的份额共有1间房屋。二人将房屋出租给丙，丙取得甲和乙的同意后将该房屋转租给丁。现甲欲转让自己的份额。下列哪一项表述是正确的？

- A. 乙、丙有优先购买权，丁无优先购买权                      B. 乙、丁有优先购买权，丙无优先购买权  
C. 乙、丙、丁都有优先购买权                                  D. 丙、丁有优先购买权，乙无优先购买权

答案：C。

解析：本题考核共有人的优先购买权以及承租人的优先购买权。根据《物权法》第101条规定，住房的共有人与承租人都享有优先购买权。本题中的丁虽为转租，但已获同意，该租赁合同拘束承租人和出租人，故基于租赁合同享有优先购买权。

## 重点法条

第一百零二条 因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债



务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

## 法条精解

本条是关于因共有财产产生的债权债务关系的对外以及对内效力的规定。

### 1. 因共有财产产生的债权债务关系的对外效力

(1) 按照本条规定，不论是按份共有还是共同共有，只要是因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人对债权债务享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外。连带的方法，是共有人享有连带债权时，任一共有人都可向第三人主张债权；共有人承担连带债务时，第三人可向任一共有人主张债权。

(2) 本条对因共有财产产生的债权债务关系的对外效力不区分按份共有和共同共有，是为了保护善意第三人的权益，对于第三人来说，很难获知共有人的共有关系的性质，此种情形下若不使各共有人承担连带义务，很容易发生共有人推托履行义务的可能，对债权人不利。在第三人不知道共有人内部关系的情况下，法律规定共有人对其享有连带债权、承担连带债务，第三人可向共有人中的任何一人主张其债权，保护了善意第三人的权利。

(3) 但是，当法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系时，共有人不用承担连带责任，而是按照约定或者共有人享有的份额各自享有债权、承担债务。

### 2. 因共有财产产生的债权债务关系的对内效力

按照本条规定，因共有财产产生的债权债务关系，在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权，承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。

偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

## 重点法条

第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

(一) 受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

(二) 以合理的价格转让；

(三) 转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

第一百零七条 所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

第一百零八条 善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

89. 共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

## 法条精解

### 1. 善意取得的概念

善意取得，指受让人以财产所有权转移为目的，善意、对价受让且占有该财产，即使出让人无转移所有权的权利，受让人仍取得其所有权。善意取得既适用于动产，又可适用于不动产。善意取得中的受让人须是善意的，不知出让人是无处分权人，否则不构成善意取得。善意取得基于占有的公信力，旨在维护交易安全。

### 2. 善意取得的条件

(1) 标的物须为依法可流通的不动产或动产。





(2) 受让人须是善意的，不知出让人是无处分权人。

(3) 受让人支付了合理的价款。

(4) 转让的财产应当登记的已经登记, 不需要登记的已经交付给受让人。

四项条件必须同时具备，否则不构成善意取得。

### 3. 关于遗失物善意取得的规定

动产的善意取得亦受限制。出让人让与的动产若是货币或者无记名有价证券之外的遗失物，遗失人有权向善意取得人请求返还原物。善意取得人应当返还，善意取得人返还后可以向让与人追偿。倘若该遗失物是由善意取得人在拍卖市场、公共市场或者在贩卖与其物同类之物的商人处购得的，遗失人需偿还其购买之价金，方能取回其物。遗失物若是货币或者无记名有价证券，遗失人无权向善意取得人请求返还原物，只能向出让人请求返还同种类物或者请求其他赔偿。

另外，需要考虑的一点是：物权法不规定被盗赃物的善意取得，立法考虑是，对被盗、被抢的财物，所有权人主要通过司法机关依照刑法、刑事诉讼法、治安管理处罚法等有关法律的规定追缴后退回。在追赃过程中，如何保护善意受让人的权益，维护交易安全和社会经济秩序，可以通过进一步完善有关法律规定的解决，物权法对此可以不作规定。

善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭。例如，该动产上有抵押的权利，抵押权消灭。但是，善意受让人取得动产时，知道该动产已被抵押的，抵押权不消灭。

### 真题示例

（2009-3-53）甲发现去年丢失的电动自行车被路人乙推行，便上前询问，乙称从朋友丙处购买，并出示了丙出具的付款收条。如甲想追回该自行车，可以提出下列哪些理由支持请求？

- A. 甲丢失该自行车被丙拾得  
B. 丙从甲处偷了该自行车  
C. 乙明知道该自行车是丙从甲处偷来的仍然购买  
D. 乙向丙支付的价格远远低于市场价

答案：ABCD。

**解析：**本题考核善意取得制度的例外。

通说认为，拾得遗失物与违法所得都不能适用善意取得制度，因此，在本题中，如果甲提出丙取得该自行车是通过拾得或盗窃方式取得的，无论乙的购买行为实际上是恶意还是善意，甲都有权主张返还请求权。因此，ABCD 项都选。

## 重点法条

第一百零九条 拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

第一百一十条 有关部门收到遗失物，知道权利人的，应当及时通知其领取；不知道的，应当及时发布招领公告。

第一百一十一条 拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

第一百一十二条 权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。

权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

第一百一十三条 遗失物自发布招领公告之日起六个月内无人认领的，归国家所有。

第一百一十四条 拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照拾得遗失物的有关规定。

### 【关联法条】

## 《民法通则》

第七十九条 所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人，给予表扬或者物质奖励。

拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。

### 《民通意见》

93. 公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物，如果能够证明属其所有，而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的，应当予以保护。



94. 拾得物灭失、毁损，拾得人没有故意的，不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有，拒不返还而引起诉讼的，按照侵权之诉处理。

## 法条精解

### 1. 遗失物的概念

遗失物，是指所有人遗忘与某处，不为任何人占有的物。构成遗失物必须具有下列条件：①遗失物须为非无主物。②遗失人丧失了对物的占有。③遗失人占有的丧失须非处于本意，也非因他人的夺取。④遗失物须非隐藏之物。⑤遗失物须为动产。

### 2. 遗失物拾得的处理

所谓遗失物的拾得，是指发现他人的遗失物而予以占有的一种法律事实。遗失物的拾得为事实行为，不以拾得人有行为能力为必要。

(1) 拾得人拾得遗失物，知道遗失物所有人的，应当及时通知其领取，或者送交遗失物。

(2) 拾得人拾得遗失物，不知道遗失物丢失人的，可以张贴招领告示，寻找遗失物丢失人，也可以将遗失物上缴公安机关或者有关单位。

(3) 有关单位收到遗失物，应当查找遗失物丢失人，请其认领。无人认领的，上缴公安机关。公安机关收到遗失物，应当查找遗失物丢失人，请其认领。或者存放遗失物品招领处，待人认领。自公安机关收到遗失物发布招领公告之日起6个月无人认领的，遗失物归国家所有。公安机关可以拍卖、变卖遗失物，所得价金上缴国库。

(4) 拾得人拾得遗失物，在返还失主或者送交有关部门前，应当妥善保管遗失物。有关部门收到遗失物，在遗失物被领取前，也应当妥善保管遗失物。拾得人或者有关部门因故意或者重大过失致使遗失物损坏灭失的，应当承担民事责任。

(5) 遗失物不易保管或者保管费用过高的，公安机关可以及时拍卖、变卖，保存价金。拾得人和有关单位不能自行拍卖、变卖遗失物。

(6) 拾得人拾得遗失物、寻找遗失物丢失人、保管遗失物而实际支付的费用，可以按无因管理请求遗失物所有人偿还。无人认领的，由公安机关在上缴国库前支付。

(7) 拾得人隐匿遗失物据为己有的，构成侵犯所有权。遗失物所有人可以请求拾得人偿还，公安机关可以责令拾得人交出。拾得人丧失报酬和费用请求权。

### 3. 漂流物、埋藏物和隐藏物发现的法律后果

(1) 拾得漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。拾得漂流物、失散的饲养动物，可参照拾得遗失物的相关规定。漂流物是指漂流在水上的遗失物。失散的饲养动物是指走失的他人饲养的动物。

(2) 发现埋藏物。埋藏物是指埋藏于地下的物品。埋藏物品的人，称埋藏人。发现埋藏物的人，称发现人。发现人发现埋藏物，可视情况分别处理：一是能够判定埋藏人，且埋藏物不易为他人发现，发现人可以不挖取埋藏物，并将埋藏物继续掩埋好，且将发现情况告知埋藏人。二是能够判定埋藏人，且埋藏物易为他人发现，发现人可依前种情形处理，也可以将埋藏物挖出，交还埋藏人。三是不能判定埋藏人，且埋藏物不易为他人发现，发现人可以不挖取埋藏物，并将埋藏物继续掩埋好。发现人可以将发现情况告知有关单位或者公安机关。四是不能判定埋藏人，且埋藏物易为他人发现，发现人可依前种情形处理，也可以挖取埋藏物，按拾得不知遗失物丢失人的遗失物的办法处理。发现人发现的埋藏物倘若是文物，应依文物保护法处理。

(3) 发现隐藏物。隐藏物是隐藏于它物之中的物品，如隐藏于夹墙中的物品。隐藏物品的人，称隐藏人；发现隐藏物的人，称发现人。发现隐藏物适用发现埋藏物的相关规定。

(4) 漂流物、埋藏物、隐藏物同文物保护法的适用。由于遗失物、漂流物、埋藏物和隐藏物的概念在外延上同“文物”的概念存在交叉，无论是遗失物、漂流物、埋藏物或者隐藏物，只要构成“文物”，文物保护法的规定将优先适用。

## 真题示例

(2009-3-93) 甲有一块价值一万元的玉石。甲与乙订立了买卖该玉石的合同，约定价金11000元。由于乙没有带钱，甲未将该玉石交付与乙，约定三日后乙到甲的住处付钱取玉石。随后甲又向乙提出，再



借用玉石把玩几天，乙表示同意。隔天，知情的丙找到甲，提出愿以 12 000 元购买该玉石，甲同意并当场将玉石交给丙。丙在回家路上遇到债主丁，向丙催要 9 000 元欠款甚急，丙无奈，将玉石交付与丁抵偿债务。后丁将玉石丢失被戊拾得，戊将其转卖给己。关于该玉石的返还问题，下列说法正确的是：

- A. 戊已取得了该玉石的所有权，原所有权人无权请求返还该玉石
- B. 该玉石的真正所有权人请求已返还该玉石不受时间限制
- C. 该玉石的真正所有权人可以在戊与己的转让行为生效之日起两年内请求已返还该玉石
- D. 该玉石的真正所有权人可以在知道或者应当知道该玉石的受让人己之日起两年内请求已返还该玉石

答案：D。

解析：本题考核拾得遗失物的返还。

根据《物权法》第 109 条规定，A 项错误。根据《物权法》第 107 条规定可知，玉石的真正所有人请求已返还玉石的请求是受时间限制的，即自知道或者应当知道受让人之日起 2 年内向受让人请求返还原物。因此，B 项错误。根据《物权法》第 107 条的规定可知，玉石的真正所有人可以自知道或者应当知道受让人之日起 2 年内向受让人请求返还原物，而非是从戊与己的转让行为生效之日起计算 2 年的期限。因此，C 项错误，D 项正确。

重点法条

第一百一十七条 用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。

【关联法条】

《民法通则》

第八十条 国家所有的土地，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

土地不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第八十一条 国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

国家所有的矿藏，可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采，也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

国家所有的矿藏、水流，国家所有的和法律规定属于集体所有的林地、山岭、草原、荒地、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

法条精解

1. 用益物权的概念

用益物权是权利人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。用益物权是以对他人所有的物为使用、收益的目的而设立的，因而被称作“用益”物权。用益物权制度是物权法律制度中一项非常重要的制度，与所有权制度、担保物权制度等一同构成了物权制度的完整体系。

2. 用益物权人的基本权利

依照本条规定，用益物权人对他人所有的不动产，依照法律规定享有占有、使用和收益的权利。

(1) 占有的权利。“占有”是对物的实际控制。用益物权作为以使用收益为目的的物权，自当以权利人对物的实际占有为必要。利用他人之物为使用收益，必然要对物予以实际支配。没有占有就不可能实现对物的直接利用。

(2) 使用、收益的权利。“使用”是依物的自然属性、法定用途或者约定的方式，对物进行实际上的利用。“收益”是通过利用物而获取经济上的收入或者其他利益。用益物权的设立目的是对物的使用和收益。比如在他人的土地上自建房屋以供居住；在他人的土地上耕种、畜牧以供自用或出售而获得收益；在他人土地上建造楼宇用以出售、出租以取得收益等。



### 3. 用益物权的特征

作为物权体系的重要组成部分,用益物权具备物权的一般特征,同时还具有自身的特性,除了以对物的实际占有为前提、以使用收益为目的以外,还有以下几个方面的特征:

#### (1) 用益物权是由所有权派生的物权

所有权是权利人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利,包括在自己的财产上设立用益物权或担保物权的权利。用益物权则是在他人所有的财产上设立的权利,即对他人的财产享有占有、使用和收益的权利。因此,用益物权被作为“他物权”,以区别于所有权的“自物权”。

#### (2) 用益物权是受限制的物权

相对于所有权而言,用益物权是不全面的、受一定限制的物权。因此,用益物权属于“定限物权”,以区别于所有权的“完全物权”。①所有权是物权权利种类中最完全,也是最充分的权利。所有权的权利人对自已的财产,依法享有完全的直接支配力,包括占有、使用、收益和处分。而用益物权只具有所有权的权能的一部分,其权利人享有的是对财产占有、使用和收益的权利。虽然权利人依法可以将其享有的用益物权予以转让、抵押等,但不具有对财产的所有权进行处分的权利。②所有权具有恒久性,只要所有物存在,所有权人对所有物便享有永久的权利。而用益物权则具有期限性。虽然设定的期限往往较长,但不是永久期限,期限届满时,用益物权人应将占有、使用之物返还于所有权人。③用益物权人必须根据法律的规定及合同的约定正确行使权利。用益物权人应当保护和合理利用所有权人的不动产或者动产,按照设定权利时约定的用途和使用方法利用所有权人的财产,不得损害所有权人的权益。

#### (3) 用益物权是一项独立的物权

用益物权是对所有权有所限制的物权。用益物权虽由所有权派生,以所有权为权源,并属于“他物权”、“定限物权”,但用益物权一经设立,便具有独立于所有权而存在的特性。所有权对物的支配力受到约束,对物占有、使用和收益的权能用益物权人行使,所有权人不得干涉。所有权人不得随意收回其财产,不得妨碍用益物权人依法行使权利。用益物权具有对物的直接支配性和排他性,可以对抗所有权人的干涉。同时,用益物权的义务人包括任何第三人,用益物权可以对抗所有第三人的侵害,包括干预、占有和使用客体物等。因此,用益物权是一项独立的物权。

#### (4) 用益物权一般以不动产为客体

用益物权多以不动产尤其是土地为使用收益的对象。由于不动产特别是土地的稀缺性、不可替代性且价值较高,以及土地所有权依法不可移转性,使在土地等不动产上设立用益物权成为经济、社会发展的必然要求。而动产的特性决定了通常可以采用购买、租用等方式获得其所有权和使用权。

### 重点法条

第一百一十八条 国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源,单位、个人依法可以占有、使用和收益。

第一百二十二条 依法取得的海域使用权受法律保护。

第一百二十三条 依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。

### 法条精解

国有和集体所有的自然资源,单位和个人可以取得用益物权。自然资源使用权包括海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权。

### 重点法条

第一百二十五条 土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。

第一百二十六条 耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

前款规定的承包期届满,由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。

第一百二十八条 土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准,不得将承包地用于非农





建设。

第一百三十条 承包期内发包人不得调整承包地。

因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形，需要适当调整承包的耕地和草地的，应当依照农村土地承包法等法律规定办理。

第一百三十一条 承包期内发包人不得收回承包地。农村土地承包法等法律另有规定的，依照其规定。

第一百三十二条 承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照本法第四十二条第二款的规定获得相应补偿。

第一百三十三条 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

## 法条精解

本条是关于土地承包经营权人享有的基本权利的规定。

这一条进一步明确了土地承包经营权的物权性质，明确规定了土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。

### 1. 承包经营权人的基本权利

承包人对承包地享有占有、使用和收益这几项最基本、最重要的权利。这些权利都是法定权利，即使在承包合同中未有约定，承包人也依法享有这些权利，任何组织和个人不得剥夺和侵害。

(1) 依法享有对承包地占有的权利。占有的权利是土地承包经营权人对集体所有的土地直接支配和排他的权利。土地承包经营权是在集体或国家所有由集体使用的土地上使用、收益的权利，为实现其使用、收益的目的，必然以对土地占有为前提。

(2) 依法享有对承包地使用的权利。农村土地承包经营权设立的目的，就在于由承包人在集体的土地上从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。因此，承包人对其承包的土地进行合理且有效的使用是其重要权能之一。至于从事农业生产的种类、方式等均由承包人按照土地用途自主决定，承包人享有生产经营自主权，发包人和任何其他第三人都无权进行干涉。对承包土地的使用不仅仅限于传统意义上的种粮植树、放牛养羊等，对于因进行农业生产而修建必要的附属设施，如建造沟渠、修建水井等，也应是对承包土地的一种使用。

(3) 依法获取承包地收益的权利。收益权是承包人获取承包地上产生的收益的权利，这种收益主要是从承包地上种植的农林作物以及畜牧中所获得的利益。承包人对承包地享有的收益权是承包经营权中的重要权利。对承包人的收益权应当依法保护，使其得到充分的实现。

### 2. 承包经营权人的其他权利

承包经营权人的上述权利，体现了作为用益物权的承包经营权的最基本的权利，还有一些权利内容也体现了承包经营权的物权性质。

(1) 较长的承包期及承包期满后可以继续承包。耕地的承包期为30年。草地的承包期为30年至50年。林地的承包期为30年至70年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。承包期届满，由土地承包经营权人按照国家规定继续承包。

(2) 依法享有土地承包经营权流转的权利。土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。

(3) 承包期内发包人不得调整承包地。因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形，需要适当调整承包的耕地和草地的，应当依照农村土地承包法等法律规定办理。

(4) 承包期内发包人不得收回承包地。农村土地承包法等法律另有规定的，依照规定。

(5) 承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照本法第42条第2款的规定获得相应补偿。

## 重点法条

第一百二十七条 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。

县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，并登记造册，确认土地承包经营权。

## 法条精解

1. 本条是关于土地承包经营权的设立和登记的规定。依本条规定，土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。合同生效是指合同产生法律约束力。对于合同的生效时间，合同法规定，依法成立的合



同，自成立时生效。合同的生效，除了附条件、附期限的合同，以及法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的以外，在通常情况下，与合同的成立是一致的。农村土地承包法规定，承包合同自成立之日起生效。物权法对承包合同的生效作出的规定与合同法、农村土地承包法的规定是一致的，即承包合同自成立之日起生效。

2. 土地承包经营权作为用益物权的一种，它的设立以土地承包合同生效为前提。同时，承包合同生效时承包经营权即设立虽为特例，但符合我国农村的实际情况。一是承包方案经村民会议或村民代表会议讨论同意，集体经济组织成员相互熟悉，承包的地块人所共知，能够起到相应的公示作用。二是承包证书的发放和登记造册，往往滞后于承包合同的签订，不能因此而否定农户的承包经营权。因此，土地承包经营权自承包合同生效时设立，登记造册是作为对承包经营权予以确认的程序。

3. 土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，是承包人享有土地承包经营权的法律凭证。为了稳定土地承包关系，更好地保障土地承包经营权人的合法权益，县级以上地方人民政府应当积极地向承包人颁发相应的土地承包经营权证书，并登记造册，确认土地承包经营权。

## 重点法条

第一百二十九条 土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

## 法条精解

本条是关于互换、转让土地承包经营权的登记的规定。

土地承包经营权流转的方式包括：

(1) 土地承包经营权流转有转包、出租、互换、转让等方式，但本条规定的变更登记只列明了互换与转让两种形式。互换与转让，是将土地承包经营权换由或者转给他人行使，承包经营权的主体发生变更；而转包和出租，原有的承包人与发包人的承包关系不变，承包人仍享有原来的承包经营权。由于变更登记的主要目的是向社会公示权利主体的变化，以保护善意第三人，而转包和出租不发生权利主体的更迭，因此不要求对转包和出租进行变更登记。

(2) 根据本条规定，将土地承包经营权以互换、转让方式流转，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记。登记部门对符合变更登记条件的，予以变更登记，换发或者更改土地承包经营权证书。

## 重点法条

第一百三十五条 建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。

## 法条精解

### 1. 建设用地使用权概念

建设用地使用权，是指以开发利用、生产经营、社会公益事业为目的，在国家所有或者集体所有的土地上营造建筑物、构筑物及其附属设施并进行占有、使用和收益的民事权利。

### 2. 建设用地使用权的特征

(1) 建设用地使用权的客体是国家所有或者集体所有的土地。

(2) 建设用地使用权的设立是为开发利用、生产经营、社会公益事业的目的，在土地上建造并拥有建筑物、构筑物及其附属设施。

(3) 建设用地使用权的内容是对国家或集体所有的土地享有占有、使用、收益并排斥他人非法干涉的权利。

### 3. 建设用地使用权的功能

建设用地使用权是用益物权中的一项重要权利。出让人通过设立建设用地使用权，使建设用地使用权人对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，建设用地使用权人可以利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。建设用地包括住宅用地、公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等。本条中的建筑物主要是指住宅、写字楼、厂房等。构筑物主要是指不具有居住或者生产经营功能的人工建造物，比如道路、桥梁、隧道、水池、水塔、纪念碑等。附属设施主要是指附属于建筑物、



构筑物的一些设施。由于我国土地所有权不允许流转，因此，建设用地使用权具有实现土地流转的功能。

## 重点法条

第一百三十六条 建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。

## 法条精解

建设用地使用权作为一种不动产物权其客体仅限于土地，且这里的土地不以地面为限，建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。

本条是关于建设用地使用权分层设立的规定。

## 重点法条

第一百三十九条 设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。

## 法条精解

本条是关于建设用地使用权登记的规定。建设用地使用权适用登记生效的原则，建设用地使用权从办理建设用地使用权登记时设立。

## 重点法条

第一百四十二条 建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外。

## 法条精解

本条是关于建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施归属的规定。本条明确了在一般情况下，建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施应当归建设用地使用权人所有，同时也规定了在有相反证据证明时的例外。该例外条款主要是针对这样的情况：在现在的城市房地产建设中，一部分市政公共设施，是通过开发商和有关部门约定，由开发商在房地产项目开发中配套建设，但是所有权归国家。这部分设施，其性质属于市政公用，其归属就应当按照有充分的证据证明的事先约定来确定，而不是当然地归建设用地使用权人。后续通过房地产交易成为建设用地使用权人的权利人也应当尊重这种权属划分。

需要注意的是，这里规定的建筑物、构筑物及其附属设施必须是合法建造产生的。违章建筑是要被没收和强制拆除的，更不会产生合法的所有权。因此，并不在本条的调整范围内。

## 重点法条

第一百四十三条 建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外。

## 法条精解

本条是关于建设用地使用权流转方式的规定。本条规定包括三个层次：

1. 权利人有权流转建设用地使用权。

2. 流转建设用地使用权的方式有转让、互换、出资、赠与或者抵押。

3. 建设用地使用权流转时必须遵循法律规定，特别是有关限制性规定。其中，第三个层次涉及的规定不仅有物权法，还有土地管理法、城市房地产管理法、担保法以及城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例等其他法律、法规中的有关规定。在本条的贯彻和执行中要注意吸取已有规定在贯彻实施中的成果和经验，使建设用地使用权的流转更为有序，实现地尽其利。

## 重点法条

第一百四十四条 建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。



## 法条精解

本条是关于建设用地使用权人流转建设用地使用权的合同形式和使用期限的规定。

本条主要包括三项内容：

1. 建设用地使用权人以本法第 143 条规定的方式将建设用地使用权流转的，应当采用书面形式订立相应的合同。

2. 当事人可以约定建设用地使用权流转后的使用期限。

3. 流转的使用期限不得超过建设用地使用权的剩余期限。

其中，关于合同必须采用书面形式以及使用期限限于建设用地使用权的剩余期限的规定，属于法律的强制性规定，当事人实施有关法律行为必须与之符合，否则将影响到行为在法律上的结果。

## 重点法条

第一百四十六条 建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

第一百四十七条 建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。

## 法条精解

本条是关于建设用地使用权随建物流转而一并处分的规定。本条规定主要包括两个层次：

1. 建设用地使用权按照第 143 条的规定发生转让。

2. 依附于该建设用地使用权的建筑物、构筑物及其附属设施随之转让。在存在本法第 136 条规定的同一土地的地表、地上或者地下分别设立不同建设用地使用权的情况下，建筑物、构筑物及其附属设施只依附于其所在空间的建设用地使用权。这就是人们通常所说的“房随地走”。这一规定与已有法律制度是一致的，也符合社会生活常识。

《物权法》第 147 条和第 146 条规定几乎是一个硬币的两面。从结构和内容上都可以把第 147 条看作第 146 条的反转。这两条实际上是一个整体，只要建设用地使用权和地上房屋有一个发生了转让，另外一个就要相应转让。从法律后果上说，不可能也不允许，把“房”和“地”转让给分别不同的主体。此外，本条中所讲的附属设施占用范围内的建设用地使用权有可能是一宗单独的建设用地使用权，也有可能是共同享有的建设用地使用权中的份额，特别是在建筑物区分所有的情况下。转让占用范围内的建设用地使用权不可能也不应该导致对业主共同享有的建设用地使用权的分割。在这种情况下，除了本条外，还要依建筑物区分所有权的有关规定，才能全面确定当事人的权利义务。

## 真题示例

(2007-3-12) 甲公司与乙公司约定：为满足甲公司开发住宅小区观景的需要，甲公司向乙公司支付 100 万元，乙公司在 20 年内不在自己厂区建造 6 米以上的建筑。甲公司将全部房屋售出后不久，乙公司在自己的厂区建造了一栋 8 米高的厂房。下列哪一选项是正确的？

- A. 小区业主有权请求乙公司拆除超过 6 米的建筑
- B. 甲公司有权请求乙公司拆除超过 6 米的建筑
- C. 甲公司和小区业主均有权请求乙公司拆除超过 6 米的建筑
- D. 甲公司和小区业主均无权请求乙公司拆除超过 6 米的建筑

答案：A。

解析：根据《物权法》第 164 条，因为甲公司已经将房屋售出，房屋占用土地范围内的建设用地的使用权也因此转移给了小区的业主，而地役权作为从物权，随之转让，所以小区业主有权请求乙公司拆除超过 6 米的建筑物，答案 A 是正确的。

## 重点法条

第一百四十九条 住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。

非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。





## 法条精解

本条是建设用地使用权续期及土地上房屋及其他不动产归属的规定。

1. 住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。这是《物权法》关注民生的一个具体体现。
2. 非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。

## 重点法条

第一百五十二条 宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

## 法条精解

### 1. 宅基地使用权的概念

宅基地使用权指的是农村集体经济组织的成员依法享有的，在农民集体所有的土地上建造个人住宅的权利。根据我国物权法的规定，宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权利用该土地建造住宅及其附属设施。

### 2. 宅基地使用权的特征

(1) 宅基地使用权的主体只能是农村集体经济组织的成员。城镇居民不得购置宅基地，除非其依法将户口迁入该集体经济组织。

(2) 宅基地使用权的用途仅限于村民建造个人住宅。个人住宅包括住房以及与村民居住生活有关的附属设施，如厨房、院墙等。

(3) 宅基地使用权实行严格的“一户一宅”制。根据土地管理法的规定，农村村民一户只能拥有一处宅基地，其面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

### 3. 宅基地使用权的内容

宅基地使用权人对宅基地享有如下权利，并承担一定的义务：

(1) 占有和使用宅基地。宅基地使用权人有权占有宅基地，并在宅基地上建造个人住宅以及与居住生活相关的附属设施。

(2) 收益和处分。宅基地使用权人有权获得因使用宅基地而产生的收益，如在宅基地空闲处种植果树等经济作物而产生的收益。同时，宅基地使用权人有权依法转让房屋所有权，则该房屋占用范围内的宅基地使用权一并转让。

(3) 宅基地因自然灾害等原因灭失的，宅基地使用权消灭。对没有宅基地的村民，应当重新分配宅基地。

(4) 宅基地使用权人出卖、出租住房后，再申请宅基地的，土地管理部门将不再批准。并且，宅基地使用权的受让人只限于本集体经济组织的成员。

## 重点法条

第一百五十六条 地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。

前款所称他人的不动产为供役地，自己的不动产为需役地。

## 法条精解

### 1. 地役权的概念

地役权是一种独立的物权，在性质上属于用益物权的范围，是按照合同约定利用他人的不动产，以提高自己不动产效益的权利。需要利用他人土地才能发挥效用的土地，称需役地（即地役权人的土地）；提供给他人使用的土地，称供役地。地役权的“役”，即“使用”的意思。

通过设定地役权，需役地人使自己的地产充分增值，供役地人也得以闲置的不动产资源从租金方式获得收益，于人于己，双赢互利，各得其所，一方面最大限度地满足了各方之需，另一方面充分发挥了地产的社会经济效益。较相邻关系而言，地役权才具地尽其利、物尽其用、人得其需的功效。

### 2. 地役权的特点

(1) 地役权是利用他人的不动产。在地役权关系中，需役地和供役地属于不同的土地所有权人或者土地使用权人。利用他人的不动产来提升自己不动产的效益，是地役权设立的主要目的。所谓利用他人的不动产并不以实际占有他人不动产为要件，而是对他人的不动产设置一定的负担。这种负担主要表现在：一



是容忍义务。如允许他人通行于自己的土地，以使自己行使土地的权利受到某种限制。二是不妨害地役权人行使权利的义务。在某些情况下，地役权人为了使用供役地便利，需要在供役地上修建必要的附属设施，如为实现排水地役权，而要在供役地建筑一个水泵。这时，供役地权利人就不得妨害地役权人行使其权利。

(2) 地役权是为了提高自己不动产的效益。地役权的设立，必须是以增加需役地的利用价值和提高其效益为前提。此种“效益”既包括生活上得到的便利，也包括经营上获得的效益，如为需役地的便利而在供役地上设立的排水、通行、铺设管线等，也包括非财产的利益，即具有精神上或者感情上的效益，如为需役地上的视野宽广而设定的眺望地役权等。

(3) 地役权是按照合同设立的。地役权是地役权人和供役地权利人之间达成的以设立地役权目的和内容的合同。

## 重点法条

第一百五十七条 设立地役权，当事人应当采取书面形式订立地役权合同。

第一百五十八条 地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

## 法条精解

地役权是用益物权，设立地役权应当采取书面形式订立。当事人签订合同的目的，是以在特定需役地和供役地上设立具体内容的地役权。因此，合同的条款是否齐备、准确，决定了合同能否顺利地履行、实现订立合同的目的。这里规定的地役权内容，只是一般地役权合同应当包括的条款，但不限于这些内容，并不是说合同中缺了其中任何一项就会导致合同不成立或者无效。合同主要条款的规定只起到提示性与示范性的作用。地役权设立以地役权合同生效为要件，如果地役权人或者供役地权利人要求登记的，可以向登记机构申请，办理地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

## 重点法条

第一百五十九条 供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利。

第一百六十条 地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地，尽量减少对供役地权利人物权的限制。

## 法条精解

### 1. 供役地权利人的义务

地役权设立后，供役地权利人应当按照合同的约定履行自己的义务：

(1) 允许地役权人利用其土地。在地役权人利用供役地时，多多少少会给供役地权利人带来不便。对于供役地权利人来说，必须要按照合同的约定，向地役权人提供土地，并要容忍供役地上的负担。这些负担包括允许他人利用自己土地，对自己行使土地的权利进行的某种限制，放弃部分使用自己土地的权利，有时甚至还必须容忍对供役地造成某种程度上的损害。但对供役地权利人诸多的约束行为，都是事先在合同中作了规定的，既然是合同就意味着双方自愿，意味着公平。供役地权利人在负有容忍或者不作为义务的同时，也获得了一定的补偿。民事关系最主要的原则之一就是权利义务平等，有义务必然有权利。供役地权利人之所以允许地役权人利用自己的土地，在很大程度上也是为了获取一定的收益。

(2) 不得妨害地役权人行使权利。地役权人为利用供役地，实现地役权的内容，在权利行使的必要范围内，有权在供役地上修建必要的附属设施或者从事某项必要的附属行为，此时的供役地权利人就不得妨害地役权人行使这些权利。

### 2. 需役地权利人权利义务

需役地权利人在取得地役权的同时，应当履行以下义务：

(1) 按照合同约定的利用目的和方法利用供役地。地役权所说的利用不以实际占有他人的土地为要件，而只是为他人的土地设置一定的负担。例如，约定的是通行权，地役权人就只能从供役地通行而不能从事其他的行为。如果合同约定的通行方法只能是步行通过供役地，那机动车就不得穿行。地役权人通过利用供役地达到了自己通行目的，也就提高了自己土地的效益。

(2) 尽可能减少对供役地权利人物权的限制。地役权的实现，是供役地权利人为了需役地的便利而承



受的负担。因此，地役权人按照合同约定的利用目的和方法利用供役地时，应当采取对供役地损害最小的方法为之，在利用供役地的同时，不要过分损害其利益。在某些情况下，为了实现地役权设定的目的，地役权人在供役地上需要修筑一些必要的附属设施，比如为了取水权的实现，要在供役地上修建水泵；或者为了通行权的实现，要在供役地上设置路灯而修筑电线杆等。地役权人从事这些行为必须是必要的、不得已的，不修建附属设施，地役权就不能有效实现。尽管必要，但也要求地役权人采取适当的方法，尽量选择对供役地损害最少的方法行之，尽可能减少对供役地权利人物权的限制。另外，如果地役权人因其行使地役权，对供役地造成损害的，还应当在事后恢复原状并补偿损害。

## 重点法条

第一百六十二条 土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。

## 法条精解

1. 地役权的法定取得。（需役地的）土地所有权人享有地役权“之后”，在该土地上设立承包经营权、宅基地使用权的，该土地承包经营权人、宅基地使用权人“继续享有”已设立的地役权。此种取得地役权的情形又被称为“地役权的法定取得”。

2. 地役权的法定负担。（供役地的）土地所有权人负担地役权“之后”，在该土地上设立承包经营权、宅基地使用权的，该土地承包经营权人、宅基地使用权人“继续负担”已设立的地役权。这种情形又被称为“地役权的法定负担”。但是，需要特别注意的是：如果地役权“没有登记”，且供役地上后设立的承包经营权人、宅基地使用权人为“善意第三人”的，则他们不承担继续负担已设立的地役权的义务。如此看来，地役权的法定负担是有条件的。

## 重点法条

第一百六十三条 土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权。

## 法条精解

本条是关于在已设立用益物权的土地上，土地所有权人设立地役权的规定。

物权法规定，用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利。由此规定可以看出，用益物权是一种独立的物权，用益物权一旦设立，用益物权人便独立地对标的物享有占有、使用和收益的权利。用益物权人不仅对所用益的标的物享有支配的权利，而且可以排除包括土地所有权人在内的一切人的干涉，这是用益物权的本质特征之一。土地所有权人未经用益物权人同意，不得在已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权的土地上设立地役权。

## 重点法条

第一百六十四条 地役权不得单独转让。土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但合同另有约定的除外。

## 法条精解

地役权虽然为一种独立的权利，而不是需役地所有权内容的扩张，但是它又与需役地所有权的命运紧密联系在一起，因此它具有从属性。

1. 地役权的从属性的概念

地役权的从属性，是指地役权依附于需役地所有权或者使用权而存在，与需役地不可分离。从属性是地役权的固有属性，也是其与其他用益物权的本质区别。

2. 地役权的从属性的表现

（1）地役权人不得自己保留需役地的使用权，而单独将地役权转让；

（2）地役权人不得自己保留地役权，而单独将需役地的使用权转让；



(3) 地役权人也不得将需役地的使用权与地役权分别让与不同的人。

(4) 地役权随着需役地所有权或使用权的消灭而消灭。

总之，地役权只能随需役地使用权的转让而转让，如果违反地役权的从属性就被认为行为无效。

### 重点法条

第一百六十五条 地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

### 法条精解

地役权是为了提高土地利用的便利设立的，脱离建设用地使用权、土地承包经营权等用益物权，地役权也就失去了存在的意义。对于受让地役权的主体来说，没有取得土地承包经营权和建设用地使用权，地役权也就无从发挥作用。地役权作为土地使用权的物上权利或者物上负担，与土地使用权紧紧联系在一起，因此应一并转让，否则受让的土地价值就会降低或者丧失。

### 重点法条

第一百六十六条 需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权。

### 法条精解

地役权的不可分性，指地役权存在于需役地和供役地的全部，不能分割为各个部分或者仅仅以一部分而单独存在。即使供役地或者需役地被分割，地役权在被实际分割后的需役地和供役地的各个部分上仍然存在。因为地役权是为需役地便利而设的，在地役权设定目的范围内，自然须利用供役地的全部，否则无法达到目的。

但是，如果需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权被部分转让后，地役权在其性质上只与部分转让后的地块有关系时，那么，地役权就只在其有关部分继续存在。

### 重点法条

第一百六十七条 供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有约束力。

### 法条精解

地役权存在于需役地和供役地的全部，不能分割为各个部分或者仅仅以一部分而单独存在。供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权的转让，会产生分属不同权利人的两个或者多个用益物权，地役权在转让后的供役地的各个部分上继续存在。

但是，如果供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权转让后，地役权在其性质上只与某部分转让后的供役地有关时，那么，地役权仅对被转让土地受让人具有约束力，这也是本条规定的内容。

### 重点法条

第一百六十八条 地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：

(一) 违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；

(二) 有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。

### 法条精解

针对地役权而言，当地役权合同出现本条规定的两项法定事由时，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权随之消灭。

1. 违反法律规定或者合同约定，滥用地役权。地役权设定后，地役权人与供役地权利人的任何一方都不得擅自解除地役权合同，但如果地役权人违反法律规定或者合同约定，法律赋予了供役地权利人解除地役权合同的权利。如地役权人超越土地利用的范围不按约定的方法利用供役地等，就属于滥用地役权。

2. 有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。地役权合同通常为有偿，那么，地役权人应当按照合同的约定履行付款义务。如果地役权人无正当理由，在合同约定的付款





期间届满后，仍没有按照合同约定支付供役地人租金的，而且在供役地权利人确定了一个合理期限内经两次催告，地役权人仍不履行付款义务的，表明地役权人没有履行合同的诚意，或者根本不可能再履行合同，供役地权利人可以解除地役权合同，地役权随之消灭。

## 重点法条

第一百七十条 担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。

### 法条精解

#### 1. 担保物权的概念

担保物权是指在借贷、买卖等民事活动中，债务人或者第三人将自己所有的财产作为履行债务的担保。债务人未履行债务时，债权人依照法律规定的程序就该财产优先受偿的权利。担保物权包括抵押权、质权和留置权。

#### 2. 担保物权的特征

(1) 担保物权是以确保债权人的债权得到完全清偿为目的。这是担保物权与其他物权的最大区别。

(2) 担保物权具有优先受偿的效力。优先受偿性是担保物权的最主要效力。优先受偿是指在债务人到期不清偿债务或者出现当事人约定的实现担保物权的情形时，债权人可以对担保财产进行折价或者拍卖、变卖担保财产，以所得的价款优先实现自己的债权。担保物权的优先受偿性主要体现在两方面：一是优先于其他不享有担保物权的普通债权；二是有可能优先于其他物权，如后顺位的担保物权。但需要注意的是，担保物权的优先受偿性并不是绝对的，如果本法或者其他法律有特别的规定，担保物权的优先受偿效力会受到影响。

(3) 担保物权具有物上代位性。债权人设立担保物权并不以使用担保财产为目的，而是以取得该财产的交换价值为目的，因此，担保财产即使灭失、毁损，但代替该财产的交换价值还存在的，担保物权的效力仍存在，但此时担保物权的效力转移到了该代替物上。这就是担保物权的物上代位性。对此，本法第174条明确规定，担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

(4) 担保物权是在债务人或者第三人的财产上成立的权利。债务人既可以自己的财产，也可以第三人的财产为债权设立担保物权。根据本法的规定，可以用于担保的财产范围比较广，既包括现在的财产，也包括将来的财产；既包括不动产，也包括动产，在特定情形下还可用权利进行担保，如本法规定的权利质权。

#### 3. 担保物权的实现条件

在两种情况下可以实现担保物权：

(1) 债务履行期届满时，债务人不履行债务的；

(2) 发生当事人约定的可以实现担保物权的情形的。后者是新增加的情形，这与担保法的规定有所不同。

## 重点法条

第一百七十二条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

#### 【关联法条】

#### 《担保法》

第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

### 法条精解

#### 1. 担保物权的从属性

担保物权的从属性，是指担保物权的设立、移转及消灭，均从属于债权。因为担保物权为确保债权实



现而确定，在性质上从属于主权利，即是债权的从权利。

## 2. 担保物权从属性的体现

(1) 担保物权的附随性不仅体现在担保物权的转让和消灭上，还体现在担保物权的产生上。体现主债权债务关系的主要是主债权债务合同，体现担保关系的主要是担保合同。担保合同关系必须以主债权债务合同关系的存在为前提。在担保物权中，主债权债务关系无效后，其约定的权利义务关系就不存在了。根据担保关系的附随性，作为从合同的担保合同自然也归于无效。我国《担保法》第5条对此明确规定，担保合同是主合同的从合同，主合同无效，从合同无效。本条第1款在担保法的基础上规定，设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

(2) 担保合同随主债权债务合同无效而无效只是一般规则。但这并不是绝对的，在法律另有规定的情况下，担保合同可以作为独立合同存在，不受主债权债务合同效力的影响。例如，在本法规定的最高额抵押权中，最高额抵押合同就具有相对的独立性。在连续的交易关系中，其中一笔债权债务无效，并不影响整个最高额抵押合同的效力。基于此，本条第1款专门规定“但法律另有规定的除外”。这样规定既是为了适应现实的需要，也为以后担保物权制度的发展留下一定的空间。

## 3. 担保合同无效情况下责任的承担

在担保合同被依法确认无效后，要根据合同当事人三方是否具有过错来承担责任，具体有如下三种情况：

(1) 担保合同自身无效，而主合同仍然有效时担保人的责任。根据《担保法解释》第7条规定，在此时如果债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人经济损失承担连带赔偿责任。此时债权人的无过错是指对担保合同无效无过错；而当债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务不能清偿部分的1/2。判断“不能清偿”的标准是以债务人“方便执行”的财产是否执行完为标准。

(2) 主合同无效导致担保合同无效时担保人的责任。根据《担保法解释》第8条，在此时如果担保人无过错，不承担民事责任；如有过错，承担民事责任不应超过债务人不能清偿部分的1/3。这时的1/3是债务人不能清偿部分的1/3而不是债权人全部损失的1/3。

(3) 主合同无效，担保合同也无效时担保的责任。对于这种情况目前法律及司法解释均无明确规定，根据当前实际情况，通说认为如在三方均有过错情况下应在“不能清偿”部分1/2~1/3之间来确定担保责任，如果担保人对担保合同的无效无责任，则不应承担民事责任。

## 重点法条

第一百七十四条 担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

## 法条精解

### 1. 担保权的物上代位性

物上代位性指担保物权的效力及于担保财产因毁损、灭失所得的赔偿金等代位物上，其是担保物权的重要特征。由于担保物权人设立担保物权并不以占有和利用担保财产为目的，而是以支配担保财产的交换价值为目的。所以，即使担保财产本身已经毁损、灭失，只要该担保财产交换价值的替代物还存在，该担保物权的效力就移转到了该替代物上。这种效力不但在抵押权上存在，在质权、留置权上也存在。

### 2. 担保财产的代位物的范围

(1) 损害赔偿金。担保财产因第三人的侵权行为或者其他原因毁损、灭失时，担保人所获得的损害赔偿金。但是，如果担保财产是由于债权人的原因导致担保财产毁损、灭失的，根据本法第215条、第234条的规定，质权人、留置权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任，质权人、留置权人向出质人或者债务人支付的损害赔偿金不能作为担保财产的代位物。

(2) 补偿金。这里的补偿金主要指担保财产被国家征收时，担保人从国家得到的补偿金。本法第42条第3款明确规定，征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。例如城市居民将自己的房屋向银行作了抵押贷款，



如果房屋被国家征收的，其所得的补偿金应当作为抵押物的代位物。

(3) 保险金。担保人对担保财产保险的，因保险事故发生而致使担保财产毁损、灭失时，担保人可以请求保险人支付保险金。该保险金可以作为代位物。

担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等产生的法律后果，就是担保物权人可以就担保人所得的损害赔偿金、保险金或者补偿金等优先受偿。在因担保财产毁损、灭失或者被征收产生代位物的时候，可能会出现两种情况：一是担保物权人的债权已经到期或者出现当事人约定的可以实现担保物权的情形。在这种情况下，担保物权人当然可以立即在代位物上实现自己的优先受偿权；另一种情况是担保物权人的债权还没有到期。在这种情况下，代位物虽说是特定的，但毕竟已经货币化，担保物权人对其进行控制的可能性降低，其到期实现债权的可能性也会降低，为保障担保物权人的债权得以实现，担保物权人可以提前在代位物上实现自己的债权；如果担保物权人还希望保留自己的期限利益，也可以不立即在代位物上实现担保物权，而等到债权履行期届满，债务人不履行债务时再在代位物上优先受偿。担保人可以自己或者应担保物权人的要求向提存机构提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

## 重点法条

第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第二十八条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

## 法条精解

物的担保与人的担保并存的情况下的处理：

1. 在当事人对物的担保和人的担保的关系有约定的情况下，应当尊重当事人的意思，按约定实现。这充分尊重了当事人的意愿。

2. 在没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的情况下，应当先就物的担保实现担保权。因为，如果债权人先行使人的担保，保证人在履行保证责任后，还需要向最终的还债义务人即债务人进行追索。如果担保物权人先行使物的担保，就可以避免保证人日后再向债务人行使追索权的繁琐，减少实现的成本和费用。而且，在债务人自己提供物的担保的情况下，要求保证人先承担保证责任，对保证人也是不公平的。

3. 在没有约定或者约定不明确，第三人提供物的担保，又有人的担保的情况下，应当允许当事人进行选择。这样规定主要是基于以下考虑：在没有约定或者约定不明确，第三人提供物的担保，又有人的担保的情况下，第三人与保证人处于担保人的平等地位，都不是还债的最终义务人，债务人才是最终义务人。因此，债权人无论是先实现物的担保还是先实现人的担保，物的担保人或者保证人都存在向债务人追索的问题。为保障债权人的债权得以充分实现，法律应当尊重债权人的意愿，允许担保权人在这种情况下享有选择权。

## 重点法条

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

- (一) 建筑物和其他土地附着物；
- (二) 建设用地使用权；
- (三) 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；
- (四) 生产设备、原材料、半成品、产品；
- (五) 正在建造的建筑物、船舶、航空器；
- (六) 交通运输工具；
- (七) 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。



抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

### 【关联法条】

#### 《物权法》

第一百八十四条 下列财产不得抵押：

- (一) 土地所有权；
- (二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；
- (三) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
- (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- (五) 依法被查封、扣押、监管的财产；
- (六) 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

#### 《担保法》

第三十四条 下列财产可以抵押：

- (一) 抵押人所有的房屋和其他地上定着物；
- (二) 抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；
- (三) 抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；
- (四) 抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；
- (五) 抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；
- (六) 依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第三十七条 下列财产不得抵押：

- (一) 土地所有权；
- (二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第（五）项、第三十六条第三款规定的除外；
- (三) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
- (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- (五) 依法被查封、扣押、监管的财产；
- (六) 依法不得抵押的其他财产。

#### 《担保法解释》

第四十七条 以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。

第五十二条 当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。

第五十三条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效。

第五十五条 已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力。

### 法条精解

#### 1. 债务人或者第三人对抵押财产有处分权

债务人或者第三人对抵押财产有处分权包括：

- (1) 债务人或者第三人是抵押财产的所有权人。
- (2) 债务人或者第三人对抵押财产享有用益物权，法律规定该用益物权可以抵押。
- (3) 债务人或者第三人根据法律、行政法规规定，或者经过政府主管部门批准，可以将其占有、使用的财产抵押。

#### 2. 物权法规定的可以抵押的财产

(1) 建筑物和其他土地附着物。建筑物包括住宅、体育馆等。其他土地附着物指附着于土地之上的除房屋以外的不动产，包括桥梁、隧道、大坝、道路等构筑物，以及林木，庄稼等。





(2) 建设用地使用权。建设用地使用权是权利主体依法对国家所有的土地享有的占有、使用和收益的权利。

(3) 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权。通过招标、拍卖、公开协商方式承包荒地，不论承包人是本集体经济组织成员，还是本集体经济组织之外的单位和个人，都可以依法将荒地的承包经营权抵押。

(4) 生产设备、原材料、半成品、产品。

(5) 正在建造的建筑物、船舶、航空器。担保法没有明确规定在建的建筑物、船舶、航空器可以抵押。实践中，这些建设工程往往存在周期长、资金缺口大，以正在建造的建筑物、船舶、航空器作为担保，对于解决建设者融资难，保证在建工程顺利完工具有重要作用。

(6) 交通运输工具。交通运输工具包括：飞机、船舶、火车、各种机动车辆等。

(7) 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。这是一项兜底性规定，以适应不断变化的经济生活需要。

## 重点法条

第一百八十一条 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

## 法条精解

### 1. 浮动抵押的概念

浮动抵押指企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的和将有的全部财产或者部分财产为其债务提供担保。债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就约定实现抵押权时的动产优先受偿。

### 2. 浮动抵押的特征

浮动抵押具有不同于固定抵押的两个特征：

(1) 浮动抵押设定后，抵押的财产不断发生变化，直到约定或者法定事由发生，抵押财产才确定。

(2) 浮动抵押期间，抵押人处分抵押财产不必经抵押权人同意，抵押权人对抵押财产无追及的权利，只能就约定或者法定事由发生后确定的财产优先受偿。

### 3. 浮动抵押设立的条件

(1) 设立浮动抵押的主体限于企业、个体工商户、农业生产经营者。

(2) 设立浮动抵押的财产限于生产设备、原材料、半成品、产品。除此以外的动产不得设立浮动抵押，不动产也不得设立浮动抵押。

(3) 设立浮动抵押要有书面协议，该协议一般包括担保债权的种类和数额、债务履行期间、抵押财产的范围、实现抵押权的条件等。这里所说的抵押财产的范围并不要求详细列明。本法不承认以口头形式订立的浮动抵押协议。

(4) 实现抵押权的条件是不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的事由。

(5) 债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。这一规定表达了三层意思：①抵押期间，抵押财产处于不确定状态。抵押人可以自由处分抵押财产，只有约定或者法定的实现抵押权的条件成就时，抵押财产才确定。②实现抵押权时确定的抵押财产与设立抵押权时的财产不必相同，通常也不会相同，对于抵押期间处分的财产不能追及，新增的财产要作为抵押财产，债权人就实现抵押权时确定的抵押财产享有优先受偿的权利。③同一财产既有浮动抵押，又有固定抵押的，实现抵押权所得价款，按照本法第199条的规定清偿。

### 4. 浮动抵押权的效力

浮动抵押权的效力大体与动产抵押权的效力相同，最大的差别在于浮动抵押权有一个效力休眠期。浮动抵押的休眠，也称浮动抵押的效力休眠，是指在抵押财产确定之前，抵押权人没有支配具体抵押财产的权利，或不具备禁止抵押人在正常经营范围内处分抵押财产的权利，除非在抵押合同中对某些财产或处分行为作相反的规定。

浮动抵押权设定后，具有优先的效力。但浮动抵押权不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。之所以这样规定，主要因为：浮动抵押是以现有的和将有的财产设定担保，抵押期



间抵押人可以占有、使用、处分抵押财产，如果以全部或者部分动产抵押，又不让抵押人处分该财产，抵押人的经营活动就无法进行了。

## 重点法条

第一百八十二条 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。

## 法条精解

本条是关于房地产抵押关系的规定。实现抵押权，必然带来抵押财产的转让，因此在设定抵押权时，房屋的所有权和建设用地使用权应当一并抵押，只有这样，才能保证实现抵押权时，房屋所有权和建设用地使用权同时转让。如果抵押人只办理了房屋所有权抵押登记，没有办理建设用地使用权抵押登记，实现房屋抵押权时，建设用地使用权也一并作为抵押财产。同样，只办理了建设用地使用权登记，没有办理房屋所有权抵押登记，实现建设用地使用权的抵押时，房屋所有权也一并作为抵押财产。

需要指出的是，本条规定的建筑物，主要指国有土地上的建筑物和乡镇、村企业的厂房等建筑物。本条规定的建设用地使用权，包括城市住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地的使用权。

## 重点法条

第一百八十六条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

第二百一十一条 质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第四十条 订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

第六十六条 出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

#### 《担保法解释》

第五十七条 当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

债务履行期届满后抵押权人未受清偿时，抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是，损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，人民法院可以适用合同法第七十四条、第七十五条的有关规定。

## 法条精解

### 1. 流押契约的禁止

流押合同或者流押条款，是指当事人双方在设立担保物权时约定，当债务人不履行债务时，由债权人取得担保物所有权的合同。这样规定主要考虑在设立抵押权时，抵押人处于资金需求者的地位，一些抵押人出于急需，可能不惜以自己价值很高的抵押财产去为价值远低于该抵押财产的债权担保。如果允许抵押权人和抵押人在订立抵押合同时约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押财产的所有权转移为债权人所有，那么，一些抵押人为了眼前的急迫需要，就可能作出不利于自己的选择。这样的结果，不仅不利于保护抵押人的合法权益，也与民法规定的平等、公平的原则相悖。



需要说明的是，本条规定的禁止流押约定只限定在债务履行期间届满前，债务履行期届满债务人不履行债务的，抵押权人可以与抵押人协议将抵押财产折价归抵押权人所有。

## 2. 流质契约的禁止

此种规定，主要是考虑债务人借债往往处于急窘之境，债权人可以利用债务人的这种不利境地和自己的强势地位，迫使债务人与其签订流质契约，以价值过高的质押物担保小的债权额，在债务人不能清偿债务时，取得质押物的所有权，从而牟取不当利益。为了保障出质人的合法利益，法律规定禁止流质契约。当然，从现实生活与经济发展看，债务人借债，并非都是处于弱势地位，借债并进行质权担保的发生原因是多样化的，但从总体上说，为了保证担保活动的平等、自愿、公平和诚实信用，规定禁止流质契约还是十分有必要的。

## 3. 流质契约与担保财产折价协议的区分

实践中，主要以合同达成的时间为标准：

(1) 凡是在担保物权实现条件成就后达成的协议，为担保财产折价协议。

(2) 凡是在担保物权实现条件成就之前达成的，以担保物权实现条件成就时直接转移担保财产所有权内容的协议，则为流质契约。需要注意的是，流质契约不一定在担保物权设定时签订，在担保合同成立后被担保债权到期之前签订的，以直接转移担保财产所有权为内容的合同，都可能构成流质契约。

## 4. 流质契约的效力

流质契约无效，但流质契约无效并非指整个担保合同无效。如果该内容的无效不影响担保合同其他合同的效力，担保合同其他部分内容仍是有效的。

## 重点法条

第一百八十七条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

## 法条精解

本条是关于不动产抵押登记的规定。财产抵押是重要的民事法律行为，法律除要求设立抵押权要订立书面合同外，还要求对某些财产办理抵押登记，不经抵押登记，抵押权不发生法律效力。根据本条规定，需要进行抵押登记的财产为：

1. 建筑物和其他土地附着物；
2. 建设用地使用权；
3. 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；
4. 正在建造的建筑物。

不动产抵押登记，可以使得抵押财产的物上负担一目了然，使实现抵押权的顺序清楚明确，有利于预防纠纷，保护债权人和第三人的合法权益，维护交易安全，保障经济活动的正常进行。

## 重点法条

第一百八十八条 以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

## 法条精解

当事人以生产设备、原材料、半成品、产品，交通运输工具，正在建造的船舶、航空器抵押的，可以办理抵押登记，也可以不办理抵押登记，抵押权不以登记为生效条件，而是自抵押合同生效时设立。但是，办理与不办理抵押登记的法律后果是不同的。未办理抵押登记的，不得对抗善意第三人。所谓不得对抗善意第三人，包括两方面含义：

1. 合同签订后，如果抵押人将抵押财产转让，对于善意取得该财产的第三人，抵押权人无权追偿，而只能要求抵押人重新提供新的担保，或者要求债务人及时偿还债务。

2. 抵押合同签订后，如果抵押人以该财产再次设定抵押，而后位抵押权人进行了抵押登记，那么，实现抵押权时，后位抵押权人可以优于前位未进行抵押登记的抵押权人受偿。而办理抵押登记的，抵押权具有对抗第三人的法律效力，也就是说，抵押财产登记后，不论抵押财产转移到谁手中，只要债务履行期届满债务人没有履行债务，抵押权人都可以就该抵押财产实现抵押权。同时还有先于未登记的抵押权人受偿



的权利。由此可见,为了切实保障自己债权的实现,抵押权人最好进行抵押登记。

## 重点法条

第一百八十九条 企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。

依照本法第一百八十一条规定抵押的,不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

## 法条精解

本条规定了三方面内容。

### 1. 浮动抵押的登记部门和登记地点

(1) 登记部门。以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押,应当向动产所在地的工商行政管理部门办理登记。

(2) 登记地点。物权法规定的登记地点与担保法规定不一致,担保法规定,以企业设备和其他动产抵押的,由财产所在地的工商部门办理抵押登记。考虑到动产易于移动,难以确定在哪个所在地登记,而抵押人住所地比较稳定,查询也比较方便。因此物权法规定,在抵押人住所地办理浮动抵押登记。

### 2. 浮动抵押权的效力

抵押登记,可以使抵押财产的潜在买受人明晰财产的物上负担,以避免交易风险;可以使债权人查看抵押财产的权属关系以及曾否抵押过,以决定是否接受该财产抵押担保;也可使得实现抵押权的顺序清楚明确,预防纠纷发生,对于保护债权人和善意第三人的合法权益和经济活动的正常进行具有重要意义。因此,设立抵押权应当办理登记。但是,考虑到浮动抵押的标的物是现有的和将有的动产,抵押财产处于不确定状态,债权人同意接受浮动抵押往往是基于对抵押人的信任,如果强制浮动抵押登记,规定不登记抵押权不生效力,可能会对当事人造成不便,也会增加抵押人的费用。特别是浮动抵押主要是解决中小企业、个体工商户、农业生产经营者贷款难,他们本身缺乏资金,一些人又处于比较偏远的地区,办理抵押物登记会有一定困难,因此,本条规定浮动抵押权自合同生效时设立,未经登记不得对抗善意第三人。也就是说,浮动抵押权不以登记为生效条件,而是自合同生效时设立,合同生效后,即使当事人没有办理登记,债务人不履行债务时,抵押权人仍然可以就实现抵押权的价款优先受偿。但是,办理与不办理抵押登记的法律后果是不同的,如果未办理抵押登记,浮动抵押的财产被再次设定抵押权的,后位的已登记的抵押权人,只要不知道也不应当知道该财产已被抵押的事实,可以就该抵押财产优先于前位抵押权人受偿。为了切实保护自己的合法权益,浮动抵押权人最好还是抵押登记。

### 3. 对正常经营活动的买受人的保护

浮动抵押设立后,具有优先受偿的效力。但本条规定了例外,即浮动抵押不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。之所以这样规定,主要因为浮动抵押是对现有的和将有的财产设定担保,抵押期间抵押人可以占有、使用、处分抵押财产,如果以全部或者部分动产抵押,又不让抵押人处分该财产,抵押人的经营活动就无法进行了。特别是浮动抵押的标的物通常是原材料、库存产成品,这些动产经常处于流动过程中,既然法律允许抵押期间处分抵押财产,浮动抵押又具有抵押期间财产不确定,抵押财产最终确定前处分抵押财产不受物上追及的特点,且占有又是推定动产所有权的公示方法,那么对于浮动抵押财产的买受人就应当给予一定的保护。否则,所有动产的买受人为防止买受的货物被追及的风险,在交易前要么必须查阅登记资料,要么必须征得担保物权人的同意,这样将使动产交易活动变得极其滞重,不能适应现代商业的需要。但是,对于动产的买受人的保护又不能是漫无边际的,否则设立抵押权就会失去意义。按照本条规定,受到保护的买受人必须符合以下条件:第一,买受的财产是生产设备、原材料、半成品和产品。第二,受保护的主体必须是正常交易活动中的买受人。正常交易活动中的买受人主要包括两种情况:一是在存货融资中,买受出卖人在正常经营过程中出售的已设定担保的存货的人;二是市场交易中的消费者。第三,买受人必须是已支付合理价款并取得了抵押财产。具备这三个条件,抵押财产的买受人可以对抗抵押权人,即买受人可以取得买受的抵押财产而不受抵押权人的追及。





(2008-3-12) 个体工商户甲将其现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品一并抵押给乙银行,但未办理抵押登记。抵押期间,甲未经乙同意以合理价格将一台生产设备出卖给丙。后甲不能向乙履行到期债务。对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 该抵押权因抵押物不特定而不能成立
- B. 该抵押权因未办理抵押登记而不能成立
- C. 该抵押权虽已成立但不能对抗善意第三人
- D. 乙有权对丙从甲处购买的生产设备行使抵押权

答案: C。

解析: 根据《物权法》第189条第1款规定本题中C的说法是正确的, A和B的说法错误; 根据《物权法》第189条第2款规定, 由于丙是以合理价格取得抵押财产的买受人, 乙无权对现在已经归丙所有的生产设备行使抵押权, 所以D错误。

## 重点法条

第一百九十条 订立抵押合同前抵押财产已出租的, 原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的, 该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第四十八条 抵押人将已出租的财产抵押的, 应当书面告知承租人, 原租赁合同继续有效。

#### 《担保法解释》

第六十五条 抵押人将已出租的财产抵押的, 抵押权实现后, 租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

第六十六条 抵押人将已抵押的财产出租的, 抵押权实现后, 租赁合同对受让人不具有约束力。

抵押人将已抵押的财产出租时, 如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的, 抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任; 如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的, 抵押权实现造成承租人的损失, 由承租人自己承担。

### 《合同法》

第二百二十九条 租赁物在租赁期间发生所有权变动的, 不影响租赁合同的效力。

## 法条精解

本条是关于抵押权和租赁权关系的规定。本条规定了两种情况:

1. 将已出租的财产抵押。在这种情况下, 承租人可以继续使用租赁物, 即使实现抵押权, 将抵押财产转让给债权人或者第三人, 抵押人与承租人之间原有的租赁关系也不当然终止, 承租人可以继续享有租赁权。

2. 将已抵押的财产出租。本条规定“抵押权设立后抵押财产出租的, 该租赁关系不得对抗已登记的抵押权”。也就是说, 第一, 如果将办理了抵押登记的财产出租, 实现抵押权后, 抵押财产的买受人可以解除原租赁合同, 承租人不能要求继续承租抵押的房屋。第二, 如果将没有办理登记的抵押财产出租, 承租人不知道也不应当知道财产已抵押的情况, 抵押权就不能对抗租赁权, 仍应当适用抵押权不破租赁的原则。

## 重点法条

第一百九十一条 抵押期间, 抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的, 应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有, 不足部分由债务人清偿。

抵押期间, 抵押人未经抵押权人同意, 不得转让抵押财产, 但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第六十七条 抵押权存续期间, 抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的, 如果抵押物已经登记的, 抵押权人仍可以行使抵押权; 取得抵押物所有权的受让人, 可以代替债务人清偿其全部债务,



使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。

如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。

## 法条精解

### 1. 转让抵押财产的规定

(1) 抵押期间，抵押人转让抵押财产的，应当经抵押权人同意，而不是如担保法规定的仅通知抵押权人并告知受让人即可；同时，要将转让所得的价款向抵押人提前清偿或者提存。

(2) 抵押期间，未经抵押权人同意，不得转让抵押财产。除非受让人替抵押人向抵押权人偿还了债务消灭了抵押权。按照本条的制度设计，转让抵押财产，必须消除该财产上的抵押权。既然买受人取得的是没有物上负担的财产，也就不再有物上追及的问题。

### 2. 规定的主要理由

(1) 财产抵押实际是以物的交换价值担保，抵押物转让，交换价值已经实现。以交换所得的价款偿还债务，消灭抵押权，可以减少抵押物流转过程中的风险，避免抵押人利用制度设计的漏洞取得不当利益，更好地保护抵押权人和买受人的合法权益。

(2) 担保法规定，转让抵押财产的应当通知抵押权人并告知受让人，也就是说，只要是通知了抵押权人并告知了受让人，抵押权人就不能阻止抵押人的转让行为，而只能在转让抵押物的价款明显低于债权的价值时，要求抵押人提供相应的担保。但抵押财产的价值是随着市场价格波动的，抵押财产的价值是否明显低于债权难以作出准确判断，为抵押权的实现留下不确定因素，不如在转让抵押财产时，就将转让所得的价款向抵押权人提前清偿或者提存。

(3) 现实中往往是在实现抵押权时才发现，未通知抵押权人或者未告知受让人已转让了抵押财产的情况，此时即使宣告转让合同无效，转让的财产可能也已无法追回。而转让抵押财产前就取得抵押权人同意，可以防止以后出现的一系列麻烦，节省经济运行的成本，减少纠纷。

一般说来，抵押人转让抵押财产的所得的价款不可能完全与其担保的债权数额一致，当抵押财产价款超过债权数额时，超过的部分，应当归抵押人所有；不足的部分由债务人清偿。也就是说，如果抵押人为债务人以外的第三人时，抵押人不再承担责任，其余债权由债务人偿还。

## 真题示例

(2009-3-55) 甲公司向某银行贷款 100 万元，乙公司以其所有的一栋房屋作抵押担保，并完成了抵押登记。现乙公司拟将房屋出售给丙公司，通知了银行并向丙公司告知了该房屋已经抵押的事实。乙、丙订立书面买卖合同后到房屋管理部门办理过户手续。下列哪些说法是正确的？

- A. 不论银行是否同意转让，房屋管理部门应当准予过户，但银行仍然对该房屋享有抵押权
- B. 如丙公司代为清偿了甲公司的银行债务，则不论银行是否同意转让，房屋管理部门均应当准予过户
- C. 如丙公司向银行承诺代为清偿甲公司的银行债务，则不论银行是否同意转让，房屋管理部门均应当准予过户
- D. 如甲公司清偿了银行债务，则不论银行是否同意，房屋管理部门均应当准予过户

答案：BD。

解析：本题考核对设定抵押的财产进行转让的相关规定。

由《物权法》第 191 条规定可知，如果抵押期间抵押人经过了抵押权人即银行的同意而转让房屋的，该转让行为有效，房屋办理了过户登记手续后，抵押权人对房屋则不再享有抵押权。因此，A 项错误。根据《物权法》第 191 条第 2 款规定，如果受让人丙公司代为清偿了甲公司对银行的债务，那么该转让行为有效，房屋管理部门应当准予过户。因此，B 项正确。根据《物权法》第 191 条第 2 款的规定，必须是受让人丙公司代为清偿了甲公司对银行的债务，该转让行为才有效，仅提出代为清偿承诺的则不可以。因此，C 项错误。抵押的设定目的就是担保债权的实现，如果本案中甲公司已经清偿了银行的债务，那么甲公司与银行之间的债权债务关系就消灭了，因此而设定的担保也随之消灭，此种情况下银行不再对房屋享有抵押权，那么乙公司可以对房屋进行自由买卖，不再受银行的限制。因此，D 项正确。

## 重点法条

第一百九十三条 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。



抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第五十一条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。

### 法条精解

#### 1. 抵押权人保全权的概念

抵押权人的保全权，是指抵押权人为保全其抵押权而可行使的权利。抵押权的设定并不转移抵押财产的占有，若抵押人的行为可能或者已经导致抵押财产价值减少，抵押权人将难以以抵押财产的变价款优先受偿。因此，法律上承认抵押权人为保全抵押财产交换价值的权利。

#### 2. 抵押权人保全权的内容

- (1) 抵押财产价值减少防止权；
- (2) 恢复价值和增加担保请求权；
- (3) 抵押权人损害赔偿给付请求权。

### 重点法条

第一百九十四条 抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

### 法条精解

#### 1. 抵押权的放弃

抵押权作为抵押权人享有的一项权利，抵押权人可以放弃抵押权从而放弃其债权就抵押财产优先受偿的权利。抵押权人不行使抵押权或者怠于行使抵押权的，不得推定抵押权人放弃抵押权。抵押权人放弃抵押权不必经过抵押人的同意。抵押权人放弃抵押权的，抵押权消灭。

#### 2. 抵押权的顺位

(1) 抵押权的顺位是抵押权人优先受偿的顺序，作为抵押权人享有的一项利益，抵押权人可以放弃其顺位，即放弃优先受偿的次序利益。抵押权人放弃抵押权顺位的，放弃人处于最后顺位，所有后顺位抵押权人的顺位依次递进。但在放弃人放弃抵押权顺位后，新设定的抵押权不受该放弃的影响，其顺位仍应在放弃人的抵押权顺位之后。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权的顺位以及被担保的债权数额等内容。

(2) 抵押权顺位的变更，是指将同一抵押财产上的数个抵押权的清偿顺序互换。抵押权的顺位变更后，各抵押权人只能在其变更后的顺序上行使优先受偿权。对抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容的变更，如果在同一抵押财产上还有其他抵押权人的，可能对这些抵押权人产生不利的影响，例如，当事人协议将第三顺位的抵押权变更为第一顺位的，那么就会影响原第一顺位与第二顺位抵押权的实现，甚至使他们完全得不到清偿。为了保护同一财产上其他抵押权人的合法利益，本条特别规定：“抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。”未经其他抵押权人书面同意变更抵押权，对其他抵押权人产生不利影响的，变更无效。

#### 3. 抵押权人放弃抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的后果

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。这一规定是针对被担保的债权既有以债务人自己的财产作抵押的抵押担保又有其他担保的情形而作出的特别规定。这里的“其他担保人”既包括为债务人担保的保证人，也包括提供抵押、质押担保的第三人。



第一百九十五条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

### 【关联法条】

#### 《物权法》

第二百条 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

第二百零一条 依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的，或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

### 法条精解

#### 1. 抵押权人实现抵押权的条件

本条对抵押权人实现抵押权的条件作出了规定：

(1) 债务履行期间届满，债务人不履行债务。

(2) 发生了当事人约定的实现抵押权的情形。满足上述任一条件，抵押权人就可以依照本条规定的方式和程序处理抵押财产以实现其债权。债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形的，抵押权人可以与抵押人就如何处理抵押财产进行协商，如果双方达成协议，就可以按照协议的方式实现抵押权。

#### 2. 抵押权的实现方式

(1) 折价方式。抵押权人可以与抵押人协议，以折价的方式实现抵押权。折价的方式也就是抵押权人与抵押人协议，参照市场价格确定一定的价款将抵押财产的所有权转移给抵押权人，以实现债权。

(2) 拍卖方式。拍卖是抵押权实现的最为普通的一种方式。拍卖也称为竞卖，是指以公开竞争的方法将标的物卖给出价最高的买者。拍卖又分为自愿拍卖和强制拍卖两种，自愿拍卖是出卖人与拍卖机构一般为拍卖行，订立委托合同，委托拍卖机构拍卖；强制拍卖是债务人的财产基于某些法定的原因由司法机关如人民法院强制性拍卖。抵押权人与抵押人协议以抵押财产拍卖来实现债权，双方达成一致意见，即可选择拍卖机构进行拍卖。以拍卖的方式实现抵押权有很大的优点，因为拍卖是以公开竞价的方式出卖标的物，拍卖的价款能够最大限度地体现拍卖财产的价值，从而充分发挥抵押财产对债权的担保作用。

(3) 变卖方式。除前述两种方式外，本条规定双方还可以协议以变卖的方式实现抵押权。采用变卖的方式就是以拍卖以外的生活中一般的买卖形式出让抵押财产来实现债权的方式。为了保障变卖的价格公允，变卖抵押财产应当参照市场价格。

#### 3. 土地上新增建筑物处分

对于该土地上新增的建筑物，由于其不在抵押合同约定的抵押财产的范围内，因此不属于抵押财产。

为了实现抵押权，需要处分抵押的建设用地使用权时，如果该土地上已存在建筑物，一般来讲，只有将建筑物与建设用地使用权一并处分，才能实现建设用地使用权现实的使用价值和交换价值，这就是为什么我们在实践中要遵循“房随地走”的原则。因此，本条规定，处分抵押的建设用地使用权实现抵押权时，虽然新增的建筑物不属于抵押财产，仍应将其与建设用地使用权一并处分。但处分后，由于新增的建筑物不属于抵押财产，处分新增建筑物所得的价款，抵押权人没有优先受偿的权利。只能作为普通债权人行使权利。

### 真题示例

(2008-3-11) 黄河公司以其房屋作抵押，先后向甲银行借款 100 万元，乙银行借款 300 万元，丙银行借款 500 万元，并依次办理了抵押登记。后丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位，并办理了变更





登记，但乙银行并不知情。因黄河公司无力偿还三家银行的到期债务，银行拍卖其房屋，仅得价款 600 万元。关于三家银行对该价款的分配，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲银行 100 万元、乙银行 300 万元、丙银行 200 万元
- B. 甲银行得不到清偿、乙银行 100 万元、丙银行 500 万元
- C. 甲银行得不到清偿、乙银行 300 万元、丙银行 300 万元
- D. 甲银行 100 万元、乙银行 200 万元、丙银行 300 万元

答案：C。

解析：根据《物权法》第 194 条规定，甲银行和丙银行协议变更抵押权的顺位，未经抵押权人乙银行的书面同意，不得对其产生不利影响。因此，虽然排在第一位的抵押权人丙银行有 500 万的债权，但是其中只有 100 万可以先于乙银行受偿，否则就对乙银行造成了不利影响，这是法律所不允许的。至于丙银行的其余 200 万债权，只有乙银行受偿 300 万之后，才可以受偿，所以最终受偿顺序如下：丙银行的 100 万债权——乙银行的 300 万债权——丙银行的 200 万债权——甲银行的 100 万债权。因为黄河公司的房产只有 600 万，所以最终甲银行的 100 万债权无法得到清偿，答案 C 是正确的。

重点法条

第一百九十七条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

【关联法条】

《担保法》

第四十七条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第六十四条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人收取的由抵押物分离的天然孳息和法定孳息，按照下列顺序清偿：

- (一) 收取孳息的费用；
- (二) 主债权的利息；
- (三) 主债权。

法条精解

本条是关于抵押财产孳息的规定。本条规定，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，抵押权的效力及于抵押财产的孳息，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息和法定孳息。需要说明的是，抵押权的效力及于抵押财产的孳息必须具备两个条件：

1. 必须是抵押财产被扣押后，抵押权人才能收取其孳息。
2. 抵押财产被扣押后，抵押权人已经通知应当给付法定孳息的义务人。因为法定孳息如租金的取得，取决于义务人的给付行为，通常情况下义务人负有向抵押人给付孳息的义务，如果抵押权人未将扣押事实通知义务人，义务人就无法将孳息交付给抵押权人，抵押权的效力也就无法及于该孳息。

由于收取孳息可能要付出一些费用，如收取果实的劳务费，这些费用应当首先得到满足，也就是说，孳息应当先充抵收取孳息的费用，再用于清偿抵押权人的债权。

重点法条

第一百九十九条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

- (一) 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
- (二) 抵押权已登记的先于未登记的受偿；



(三) 抵押权未登记的,按照债权比例清偿。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第五十四条 同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿:

(一) 抵押合同以登记生效的,按照抵押物登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿;

(二) 抵押合同自签订之日起生效的,该抵押物已登记的,按照本条第(一)项规定清偿;未登记的,按照合同生效时间的先后顺序清偿,顺序相同的,按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

#### 《担保法解释》

第五十八条 当事人同一天在不同的法定登记部门办理抵押物登记的,视为顺序相同。

因登记部门的原因致使抵押物进行连续登记的,抵押物第一次登记的日期,视为抵押登记的日期,并依此确定抵押权的顺序。

### 法条精解

本条是关于同一财产向两个以上债权人抵押的,数个抵押权清偿顺序的规定。根据本条的规定,同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押财产所得的价款按照以下原则清偿:

1. 抵押权已登记的,按照登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿。关于抵押权生效的原则,本法区分不动产和动产抵押,作了不同规定。根据本法第187条的规定,以建筑物和其他土地附着物、建设用地使用权、荒地的承包经营权和正在建造的建筑物这些不动产抵押的,应当办理抵押登记,抵押权自登记时发生效力。根据本法第188条的规定,以生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具和正在建造的船舶、飞行器动产抵押的,抵押权自抵押合同生效时发生效力;未经登记,不得对抗善意第三人。根据本法第189条的规定,企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品和产品这些动产抵押,即以动产设定浮动抵押的,抵押权也自抵押合同生效时发生效力;未经登记,不得对抗善意第三人。本条规定的按照抵押权登记的先后顺序清偿债权的原则,既适用于以登记为抵押权生效要件的不动产抵押,也适用于以登记为抵押权对抗要件的动产抵押,即无论是动产抵押还是动产抵押,数个抵押权都已登记的,都按照登记的先后顺序清偿。确定抵押权登记的先后,以登记部门登记材料中记载的登记时间为准。处于第一顺序抵押登记的被担保债权,就拍卖、变卖抵押财产的价款优先受偿,处于第二顺序的,只能就剩余的部分受偿,依此类推。如果抵押权登记的时间相同,也就是抵押权登记的顺序相同,那么就按照各担保债权的比例来清偿,所占比例大的,多受清偿。

2. 抵押权已登记的先于未登记的受偿。这一原则是针对动产抵押而言的,因为在不动产抵押中,未办理抵押登记的,不发生抵押权的效力,也就不会发生未登记的抵押权与已登记的抵押权之间清偿顺序的问题。根据本法的规定,当事人以动产抵押的,可以自愿办理抵押登记,而不要求必须办理登记。动产抵押权无论是否办理登记都自抵押合同生效时发生效力。但是,当事人是否办理抵押登记,在法律效力上还是有差别的。办理抵押登记的,抵押权人可以对抗第三人;未登记的,不得对抗善意第三人。这样规定主要是因为办理抵押登记的,其他债权人就可以通过查阅登记资料知道该财产已经设定抵押的情况,公示性较强;而没有办理抵押登记的,其他债权人一般很难知道该财产是否已经设定了抵押,所以法律给予已登记的抵押权以特别的保护,在清偿顺序的问题上,本法作出抵押权已登记的先于未登记的受偿的规定。

3. 抵押权未登记的,按照债权比例清偿。这一原则也是针对动产抵押而言的。前面已经讲到,本法规定未经登记的动产抵押权不具有对抗善意第三人的效力。依照这一规定,在同一抵押财产上设定数个抵押权时,各抵押权人互为第三人,如果每一个抵押权都没有办理登记,那么无论各抵押权设立先后,其相互间均不得对抗,因此,各抵押权人对抵押财产拍卖、变卖所得的价款应当享有同等的权利,按照各债权的比例受清偿。这一原则与担保法的规定不同,《担保法》第54条第(二)项规定,抵押物未登记的,按照抵押合同生效时间的先后顺序清偿,顺序相同的,按照债权比例清偿。根据本法第178条“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”的规定,担保法的上述规定不再适用。

### 重点法条

第二百零二条 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第十二条 当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间,对担保物权的存续不具有法律约束力。



担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。

## 法条精解

本条是关于抵押权存续期间的规定。抵押权人在主债权诉讼时效期间内未行使抵押权的，人民法院不予保护，也就是说，过了主债权诉讼时效期间后，抵押权人丧失的是抵押权受人民法院保护的权利，即胜诉权，而抵押权本身并没有消灭，如果抵押人自愿履行担保义务的，抵押权人仍可以行使抵押权。

## 真题示例

1. (2007-3-13) 甲公司向乙银行贷款 1000 万元，约定 2005 年 12 月 2 日一次性还本付息。丙公司以自己的一栋房屋作抵押。甲到期没有清偿债务，乙银行每个月都向其催收，均无效果，最后一次催收的时间是 2007 年 3 月 6 日。乙银行在下列哪一时间前行使抵押权，才能得到法院的保护？

- A. 2007 年 12 月 2 日
- B. 2009 年 12 月 2 日
- C. 2009 年 3 月 6 日
- D. 2011 年 3 月 6 日

答案：C。

解析：根据《物权法》第 202 条规定，本案例中主债权的诉讼时效始期是 2007 年 3 月 6 日，终期是 2009 年 3 月 6 日，故答案为 C。

2. (2008-3-93) 陈某向贺某借款 20 万元，借期 2 年。张某为该借款合同提供保证担保，担保条款约定，张某在陈某不能履行债务时承担保证责任，但未约定保证期间。陈某同时以自己的房屋提供抵押担保并办理了登记。关于贺某的抵押权存续期间及张某的保证期间的说法，下列选项正确的是：

- A. 贺某应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权
- B. 贺某在主债权诉讼时效结束后的两年内仍可行使抵押权
- C. 张某的保证期间为主债务履行期届满之日起六个月
- D. 张某的保证期间为主债务履行期届满之日起二年

答案：AC。

解析：此题容易观察到的是 A、B 之间和 C、D 之间分别是相互矛盾的，根据《物权法》第 202 条规定，A 项正确，B 项错误。根据《担保法》第 25 条第 1 款规定，C 项正确，D 项错误。

## 重点法条

第二百零三条 为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第五十九条 本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第六十条 借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

第六十二条 最高额抵押除适用本节规定外，适用本章其他规定。

## 法条精解

### 1. 最高额抵押的概念

最高额抵押是指为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供抵押担保，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形的，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

### 2. 最高额抵押的特征

(1) 最高额抵押是限额抵押。设定抵押时，抵押人与抵押权人协议约定抵押财产担保的最高债权限额，无论将来实际发生的债权如何增减变动，抵押权人只能在最高债权额范围内对抵押财产享有优先受偿权。



实际发生的债权超过最高限额的，以抵押权设定时约定的最高债权额为限优先受偿；不及最高限额的，以实际发生的债权额为限优先受偿。

(2) 最高额抵押是为将来发生的债权提供担保。最高额抵押权设定时，不以主债权的存在为前提，是典型的担保将来债权的抵押权。这里的“将来债权”，是指设定抵押时尚未发生，在抵押期间将要发生的债权。

(3) 最高额抵押所担保的最高债权额是确定的，但实际发生额不确定。设定最高额抵押权时，债权尚未发生，为担保将来债权的履行，抵押人和抵押权人协议确定担保的最高数额，在此额度内对债权担保。

(4) 最高额抵押是对一定期间内连续发生的债权作担保。这里讲的一定期间，不仅指债权发生的期间，更是指抵押权担保的期间。连续发生的债权，是指所发生的债权次数不确定，且接连发生。这里讲的对一定期间内连续发生的债权作担保，是指在担保的最高债权额限度内，对某一确定期间内连续多次发生的债权作担保。

最高额抵押权的本质特征不在于其所担保的债权为将来的债权，而在于所担保的债权为不特定债权，且具有最高限额。因此，只要最终实际发生的债权总额不超过双方约定的最高债权额，即使该债权发生在最高额抵押权设立前，也应当被允许增补到最高额抵押所担保的债权范围内。而且是否将已经存在的债权转入最高额抵押担保的债权范围，是当事人自己的权利，只要双方协商同意，法律应当允许。因此“最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围”。

### 重点法条

第二百零四条 最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

### 法条精解

本条是关于最高额抵押所担保的主债权以及最高额抵押权转让的规定。关于最高额抵押权是否随其所担保的主债权的转让而转让的问题，应当区别不同情况分别对待。最高额抵押所担保的主债权确定后，主债权在约定的最高限额内就抵押财产优先受偿，此时最高额抵押与一般抵押没有什么区别，因此，根据一般抵押权随主债权的转让而转让的原则，主债权转让的，最高额抵押权一并转让。那么，最高额抵押担保的主债权确定前，最高额抵押权是否随部分债权的转让而转让呢？对此，本条规定，“最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外”。之所以这样规定，是因为最高额抵押是对一定期间内连续发生的所有债权作担保，而不是单独对其中的某一个债权作担保，因此，最高额抵押权并不从属于特定债权，而是从属于主合同关系。部分债权转让的，只是使这部分债权脱离了最高额抵押权的担保范围，对最高额抵押权并不发生影响，最高额抵押权还要在最高债权额限度内，对已经发生的债权和尚未发生将来可能发生的债权作担保。因此，最高额抵押担保的主债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权并不随之转让，除非当事人另有约定。

根据本条的规定，当事人可以约定在最高额抵押担保的债权确定前，最高额抵押权随部分债权的转让而转让。当事人的约定主要有以下两种情形：①部分债权转让的，抵押权也部分转让，原最高额抵押所担保的债权额随之相应减少。在这种情况下，转让的抵押权需要重新作抵押登记，原最高额抵押权需要作变更登记。②部分债权转让的，全部抵押权随之转让，未转让的部分债权成为无担保债权。

### 重点法条

第二百零六条 有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

- (一) 约定的债权确定期间届满；
- (二) 没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；
- (三) 新的债权不可能发生；
- (四) 抵押财产被查封、扣押；
- (五) 债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；
- (六) 法律规定债权确定的其他情形。





## 1. 最高额抵押权所担保的债权确定的情形

(1) 约定的债权确定期间届满。债权确定期间是指确定最高额抵押权所担保的债权实际数额的时间。这里需要区分两组概念：一是当事人约定的债权确定期间与最高额抵押权的存续期间。前者是指最高额抵押权人与抵押人之间约定的，用以确定最高额抵押权所担保债权额的时间；后者是指最高额抵押权担保债权的期间。根据本法第202条的规定，抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权，未行使的，人民法院不予保护。也就是说，最高额抵押权的存续期间与主债权的诉讼时效一致。所以，最高额抵押权的存续期间一般长于当事人约定的确定债权的期间；二是当事人约定的债权确定期间与最高额抵押中的债务清偿期。最高额抵押中的债务清偿期指债务人履行债务的期间。当事人约定的确定债权期间届满，债务的清偿期未必届满。当事人可以在最高额抵押合同中约定以债务的清偿期为确定债权的期间，也可以在债务清偿期外另约定确定债权的期间。

(2) 没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满2年后请求确定债权。这样规定主要基于两点考虑：①设立最高额抵押权的目的是为了对连续性的交易提供担保，连续性交易一般会持续一段时间，如果允许当事人随时要求确定最高额抵押权所担保的债权额，就意味着一方当事人，特别是抵押权人有可能在很短时间就要求确定债权额，这无疑与设立最高额抵押权的目的不相符合；②在当事人对确定债权额的期间没有约定或者约定不明确的情况下，规定一个法定的确定债权额的期间，可以使最高额抵押权的地位因法定期间的存在而较为安稳，抵押双方不必时时顾虑另一方行使确定请求权。这对于稳定最高额抵押关系是有好处的。本条规定的“二年”是一个固定期间，不存在中止、中断的问题，其起算点是最高额抵押权设立之日。根据本法第187条、第188条的规定，如果以建筑物、建设用地使用权等不动产权益作最高额抵押的，最高额抵押权设立之日为最高额抵押权登记之日；如果以交通运输工具等动产作最高额抵押的，最高额抵押权设立之日为最高额抵押合同生效之日。

(3) 新的债权不可能发生。在新的债权不可能发生的情况下，最高额抵押权所担保的债权额也确定。这里的“新的债权不可能发生”主要包括两种情形：①连续交易的终止。如果最高额抵押是对连续交易提供担保，则连续交易的结束日期就是债权额的确定时间，即使当事人约定的债权确定期间或者本条第2项规定的法定确定期间还没有届满，最高额抵押权所担保的债权额也应确定；②最高额抵押关系的基础法律关系消灭而导致新的债权不可能发生。比如在连续的借款交易中，借款人的严重违约致使借款合同依照合同约定或者法律规定被解除，新的借款行为自然不再发生。这种关系终止时，最高额抵押权所担保的债权额自然也确定。在这种情况下，债权额的确定时间也不受当事人约定的或者法定确定期间的的影响。

(4) 抵押财产被查封、扣押。在最高额抵押权存续期间，抵押财产被法院查封、扣押的，其有可能被拍卖或者变卖。抵押财产被拍卖、变卖的价格直接影响到最高额抵押权人债权利益的实现，为确保自己的利益，在抵押财产被查封、扣押时，最高额抵押权人一般都希望被担保的债权额尽早确定。此外，查封、扣押抵押财产实际上隔断了抵押财产与担保债权的关系，也脱离了最高额抵押人和最高额抵押权人对抵押财产的影响和控制，因此，无论是从保护最高额抵押权人、其他债权人利益的角度，还是从稳定担保关系的角度，都应当确定最高额抵押所担保的债权额。需要注意的是，被担保的债权额因抵押财产被查封、扣押而确定的，除了其他法律另有规定，最高额抵押权人仍可以就被确定的担保债权额对抵押财产行使优先受偿权，这种优先受偿权优先于一般债权，也优先于排在其后的其他担保物权。

(5) 债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销。

(6) 法律规定债权确定的其他情形。这是兜底性条款。除了本条第1~5项所规定的可以确定债权额的法定事由外，在本法其他条款或者其他法律中也有可能规定确定债权的其他情形。

## 2. 最高额抵押权所担保债权额的确定产生的法律效力

(1) 最高额抵押权转变为普通抵押权。在债务人到期不履行债务或者出现当事人约定的实现抵押权的情形时，抵押权人可以依照普通抵押权的规定行使其抵押权。

(2) 确定被担保债权的范围。被担保债权额确定时存在的主债权，不论其是否已到清偿期或者是否附有条件，均属于最高额抵押权担保的范围。被担保债权确定时存在的被担保主债权的利息、违约金、赔偿金，不论在确定时是否已经发生，也属于被担保债权的范围。但是在最高额抵押权担保的债权确定后才发生的主债权不属于被担保债权的范围。



(3) 最高额抵押权所担保的债权确定后,一旦债权到期或者出现当事人约定的可以实现抵押权的情形,抵押权可以就抵押财产优先受偿,但优先受偿的额度不得超过双方当事人约定的最高担保额。抵押权人实现最高额抵押权时,如果实际发生的债权额高于最高限额的,以最高额为限,超过部分不具有优先受偿的效力;如果实际发生的债权额低于最高限额的,以实际发生的债权额为限对抵押财产优先受偿。

## 重点法条

第二百零八条 为担保债务的履行,债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形,债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人,债权人为质权人,交付的动产为质押财产。

## 法条精解

### 1. 质权的概念

质权是指债务人或第三人将出质的财产或者权利交债权人占有或控制,作为债权的担保,在债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现质权的情形时,债权人以该财产或权利折价或拍卖、变卖所得价款优先受偿的权利。

### 2. 质权的法律特征

(1) 动产质权是担保物权。债务人或者第三人将其质物交由债权人占有,是为了担保债权的实现。质权人占有质物实际上是取得了质物上的交换价值,在一般情况下,其只能占有质物,而不能使用、收益,因此,质权人的标的物不是物的使用价值,而是物的交换价值,是为了保证特定债权的实现而设定,质权附随于债权而存在。

(2) 动产质权是在他人的财产上设立的物权。动产质权是在债务人或者第三人的动产上设定的担保物权,因此属于他物权。质权的标的物可以是债务人自己的财产,也可以是第三人的财产,债权人没有必要在自己所有的财产上为担保自己的债权设定质权。

(3) 动产质权是由债权人占有质物为生效条件。质权是以质权人占有质物为条件的,质权人只有占有质物才享有质权,移转质物的占有是质权与抵押权的根本区别。因此,出质人须将质物交付质权人占有,质权人才能取得质权。

(4) 动产质权是就质物价值优先受偿的权利。由于动产质权的设定是以担保特定债权的实现为目的,因此,当债务履行期届满,债务人不履行债务时,或者出现债务人与债权人约定实现质权的情形出现时,质权人有权就质物折价或者拍卖、变卖该质物的价款优先受偿。“当事人约定的实现质权的情形”,指当事人在设定质权时在合同中约定的实现质权的一些情形,一旦约定的情形出现,则质权人有权要求实现质权。例如当事人一般会在担保合同中约定债务人履行债务的义务、履行方式等,如果债务人不按合同约定的方式履行债务,则可能构成实现质权的情形。

债务人或者第三人将其动产移转给债权人占有作为债权的担保,当债务人不履行到期债务或者当事人约定的实现质权的情形出现时,债权人享有就质押给债权人的动产折价或者拍卖、变卖该动产的价款优先受偿的权利。用于出质的动产可以是债务人本人的,也可以是第三人的;实现质权的原因或者是债务人到期不还债,或者是出现了当事人约定的实现质权的情形,一般是违约情形;质权人所享有的是就质物价值的优先受偿权。

## 重点法条

第二百一十二条 质权自出质人交付质押财产时设立。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第六十四条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

## 法条精解

### 1. 交付质押财产是质权的生效要件

动产质权的标的是动产,动产具有易于转移、难以控制的特点,为了保障动产质权的实现,也为保护善意第三人的合法权益,本条规定动产质权的设立以交付为生效要件。



## 2. 质权自出质人交付质押财产时设立

出质人与质权人订立动产质权合同，该合同自成立时生效，但在移转质物的占有之前，并不发生担保物权的效力，出质人只有实际移转质物交付到质权人占有时，质权才发生效力。司法实践中往往将合同效力与质权效力混同。根据本条规定，质物是否移转是质权是否生效的判断标准，当事人没有移转质物，质权无效；其质权合同是否有效要根据合同法的有关规定判断，质权无效并不当然导致合同无效，不应将质权有效与否与合同的效力混同判断。

### 重点法条

第二百一十四条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

第二百一十五条 质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

#### 【关联法条】

#### 《担保法》

第六十九条 质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

### 法条精解

#### 1. 质权人擅自使用、处分质物的责任

未经出质人同意，质权人在质权存续期间不得擅自使用、处分质物，质权人违反本条规定，使用或者处分质物的，应当承担赔偿责任。禁止质权人擅自使用、处分质物的规定，体现了动产质权的设定目的及其特征。质权人未经出质人同意，擅自使用质物，处分质物的，一旦造成质物毁损、灭失给出质人造成损失的，质权人要根据法律规定承担民事赔偿责任。

#### 2. 质权人妥善保管质物义务的责任

(1) 所谓妥善保管，即以善良管理人的注意义务加以保管。善良管理人的注意，是指依照一般交易上的观念，认为有相当的知识经验及诚意的人所具有的注意，即以一種善良的主观意向和应当具备的知识来保管质物。

(2) 质权人违反保管义务造成质物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任，该项赔偿责任是基于出质人的所有权而产生的请求权。对质权人的民事责任承担应当采用过错推定原则，即出质人只要证明质物遭受毁损、灭失的事实即可，质权人应当举证证明自己已经尽了妥善保管的义务，否则，就应当承担赔偿责任。

(3) 如果出质人认为质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。本条第2款的这一规定，是为了更好地保护质物，以保护出质人与质权人双方的利益不受损失。

### 真题示例

(2008-3-59) 甲为乙的债权人，乙将其电动车出质于甲。现甲为了向丙借款，未经乙同意将电动车出质于丙，丙不知此车为乙所有。下列哪些选项是正确的？

- A. 丙因善意取得而享有质权
- B. 因未经乙的同意丙不能取得质权
- C. 甲对电动车的毁损、灭失应向乙承担赔偿责任
- D. 对电动车毁损、灭失，乙可向丙索赔

答案：ACD。

解析：根据《担保法解释》第84条规定，甲将电动车出质于丙的时候，实际上甲就是出质人，其不具有所有权但是合法占有动产，因此丙基于善意取得享有质权，A的说法正确，当选。根据《物权法》第217条规定，C的说法正确，当选。由于丙是该电动车的实际占有人，在丙的手里电动车毁损、灭失的，丙是实际侵权人，因此，乙可以向丙索赔。D项说法正确。



## 重点法条

第二百一十六条 因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第七十条 质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

## 法条精解

质物保全权是质权人一项重要的权利。质权人的质物保全权和出质人保全出质权利的义务，都是为了保障质物权利的价值，防止因质物权利价值的减少而导致危及质权人的权利。

## 重点法条

第二百一十七条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

## 重点法条

第二百一十九条 债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以就质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第七十一条 债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第七十二条 为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。

第七十三条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

## 法条精解

### 1. 质物的返还

债务人于债务履行期届满时履行了债务或者出质人提前清偿了所担保的债权，质权消灭，质权人对其占有的质物负有返还给出质人的义务。质权人依质权合同占有质物，但在质权消灭时，质权人就丧失了继续占有质物的依据，应当将质物返还出质人；出质人因清偿债务，将质物上存在的所有权负担消灭，出质人可以依法请求质权人返还质物，质权人拒不返还的，应当承担民事责任。

质权人应当向出质人返还质物，因为出质人可以是债务人，也可以是第三人，当出质人不是债务人而是第三人时，债务人虽然清偿了债务，由于用于担保的质物的所有权是第三人的，因此应当返还给第三人而非债务人。

### 2. 质权的实现

质权人实现质权，是指质权人在债权已届清偿期而债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现质权的情形时，处分占有的质物优先受偿的行为。质权人实现质权的前提条件是债务履行期届满而债务未受清偿或者发生当事人约定的实现质权的情形。

(1) 折价是指债务人在履行期限届满未履行其债务时，经出质人与质权人协议，按照质物的品质，参考市场价格，把质物的所有权由出质人转移给质权人，从而实现质权的一种方式。折价必须由出质人与质权人协商一致，否则应拍卖、变卖。折价与流质不同，折价是在债务履行期届满，债务人不履行债务，质





权人实现质权时，而流质是在质权合同设定时。

(2) 拍卖是指按照拍卖程序，以公开竞价的方式将质物卖给出价最高者的方式。

(3) 变卖是指直接将质物变价卖出的行为，变卖没有公开竞价等形式与程序上的限制，方便、快捷、成本小，但变卖必须参考市场价格。

## 重点法条

第二百二十条 出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

## 法条精解

### 1. 出质人的质权行使请求权

出质人在债务履行期届满，不能偿还债务时，有权请求质权人及时行使质权，如果质权人经出质人请求后仍不行使的，出质人有权径行到人民法院要求拍卖、变卖质物，以清偿债务。

### 2. 质权人怠于行使质权的责任

随着市场价格的变化，质物也存在着价格下跌或者意外灭失的风险，因此，一旦债务履行期届满而债务人未清偿债务时，质权人应当及时行使质权，以免给出质人造成损失，出质人也有权请求质权人行使权利。因质权人怠于行使权利致使质物价格下跌，或者发生其他毁损、灭失等情形使质物无法实现其原有的变价额。在此情形下，质权人对于出质人的损失要承担赔偿责任。需要注意的是，根据本款的规定，第一，出质人首先要有请求质权人及时行使质权的行为；第二，有证据证明造成损害是由于质权人怠于行使质权造成的，损害的事实应当与质权人怠于行使质权有直接的因果关系。

## 重点法条

第二百二十二条 出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

## 法条精解

### 1. 最高额质权的概念

最高额质权是指为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供质押担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人有权在最高债权额度内就该担保财产优先受偿。

### 2. 最高额质权的特征

就根本属性而言，其仍属于质权，本节关于动产质权的许多规定可以适用于最高额质权。比如最高额质权的设立、最高额质权的实现、质物的保全等内容都可以适用本节关于动产质权的相关规定。但是与普通抵押权相比较而言，其具有以下特点：

#### (1) 在抵押权的从属性上具有特殊性

从属性是普通抵押权的重要性。通说认为，抵押权在发生上、处分上和消灭上具有从属性但最高额抵押权所担保的债权在最高额抵押权设立时并不一定现实存在，最高额抵押权可以与债权分离而独立存在，并不随主债权的转让或消灭而转让或消灭。

#### (2) 在抵押权的特定性上具有特殊性

通说认为，抵押权的特定性包括抵押标的物的特定和抵押权所担保债权的特定两个方面，而后者是抵押权特定性的主要表现。

#### (3) 在抵押权适用范围上具有特殊性

抵押权是为担保债权的实现而设定的物权。因而，抵押权所担保的对象只能是债权。原则上说，无论何种债权，均可设定抵押权，如不能以金钱计算为标的的债权、将来可能发生的债权、金钱债权、以给付代替物为标的的债权、附条件债权、诉讼时效完成后的债权等。

#### (4) 在抵押权实现上具有特殊性

抵押权的实现是抵押权人行使抵押权，以抵押物的价值优先清偿其债权。在一般情况下，抵押权的实现应当具备下列条件：一是抵押权有效存在；二是债务人的债务清偿期限届满；三是债务人未清偿债务；



四是债务人未清偿不是由于债权人方面的原因。

### 3. 最高额质权与最高额抵押权的相同之处

- (1) 二者在设立、转移和消灭上均一定程度独立于主债权；
- (2) 二者担保的债权都是不特定债权；
- (3) 二者均有最高担保额的限制；
- (4) 在实现担保物权时，均需要对担保的债权进行确定。

基于以上相同点，本条规定，最高额质权可以参照本法第十六章第二节关于最高额抵押权的规定。最高额质权的转移、最高额质权的变更以及最高额质权所担保债权的确定可以参照本法第204条、第205条和第206条的规定。此外，根据本法第203条第2款的规定，最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。同理，最高额质权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额质权担保的债权范围。这里之所以强调最高额质权“参照”本法关于最高额抵押权的规定，主要是考虑到最高额质权与最高额抵押权性质不同，最高额质权需要质权人占有担保财产，其本质属于质权的一种；最高额抵押权不需要抵押权人占有担保财产，其本质属于抵押权的一种。因此，只宜“参照”，不宜直接适用。

## 重点法条

第二百二十三条 债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

- (一) 汇票、支票、本票；
- (二) 债券、存款单；
- (三) 仓单、提单；
- (四) 可以转让的基金份额、股权；
- (五) 可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；
- (六) 应收账款；
- (七) 法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第七十五条 下列权利可以质押：

- (一) 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；
- (二) 依法可以转让的股份、股票；
- (三) 依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；
- (四) 依法可以质押的其他权利。

#### 《担保法解释》

第九十七条 以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，按照担保法第七十五条第(四)项的规定处理。

## 法条精解

### 1. 权利质权的概念

权利质权是指为了担保债权清偿，以出质人提供的财产权利为标的而设定的质权。

### 2. 权利质权的特征

权利质权具有与动产质权相同的一些特征，都是以担保债务履行和债权实现为目的，性质都是价值权、担保权。但是，仍然有以下区别：

(1) 动产质权的客体为有形的动产，而权利质权的客体则为无形的财产，即可转让的财产权利。

(2) 动产质权的公示方法是转移占有，而权利质权的公示方法并不采取转移物的占有的方式，而主要采取转移权利凭证的占有、办理出质登记的方式。

(3) 动产质权的保全方式为质权人对质物的实际占有和控制，而权利质权的保全方式表现为对设定质权的权利法律处分上的限制。

(4) 动产质权主要是通过拍卖、变卖、折价的方式实现质权，而权利质权除了上述传统的实现方式外，还包括质权人代位向出质权利的义务人行使该出质权利的方式。



### 3. 权利质权标的的要件与范围

权利质权的标的是出质人提供的作为债权担保的权利。但并不是所有的权利都可以作为权利质权的标的，其必须满足下列条件：

(1) 必须是财产权。财产权，是指物权、债权、无体财产权等以财产为内容，可以以金钱估价的权利。因其具有经济价值，质权人可以从其价值中受偿。而人身权，无论是人格权如生命权、身体权、名誉权，还是身份权如亲属权、继承权等，由于不直接具有经济价值，都不得作为权利质权的标的。

(2) 必须具有让与性。权利质权为价值权，在债务人不履行到期债务时，质权人得以出质权利的价值优先受偿，因此，其标的应有变价的可能，须具有让与性。不具有让与性的财产权，不能作为权利质权的标的。比如，一些与特定权利主体密不可分的财产权，如继承权、亲属间的扶养请求权、抚恤金领取请求权等都不得作为权利质权的标的。

(3) 必须是适于设质的权利。虽为具有让与性的财产权，但不适于设定质权的权利，也不得作为权利质权的标的。关于何种权利适于设质，何种权利不适于设质，各个国家和地区的规定不同。在我国，在不动产物权上设定的权利一般认定为抵押权，因此，不动产物权不能作为权利质权的标的。而抵押权、质权和留置权等担保物权，由于不能与其所担保的主债权分离，因此，也不能成为权利质权的标的。

本条对哪些权利可以出质，采取了列举的方式一一列出，除这些权利以外，其他权利均不得出质。

### 真题示例

(2009-3-7) 根据《物权法》的规定，下列哪一类权利不能设定权利质权？

- A. 专利权
- B. 应收账款债权
- C. 可以转让的股权
- D. 房屋所有权

答案：D。

解析：本题考核权利质权。

根据《物权法》第 223 条规定可知，本题的正确答案是 D。

### 重点法条

第二百二十六条 以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

#### 【关联法条】

#### 《担保法》

第七十八条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

#### 《担保法解释》

第一百零三条 以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。

以上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。

以非上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

### 法条精解

本条是关于以基金份额、股权出质的权利质权设立和出质人处分基金份额、股权的限制的规定。根据本条第 1 款的规定，以基金份额、股权出质的，双方当事人应当订立书面质权合同。合同内容一般包括被担保债权的种类和数额，债务人履行债务的期限，基金份额、股权的相关信息，担保的范围等。



### 1. 基金份额和股权质押权的设立

合同订立后，质权并不当然设立。以基金份额出质的，应当到证券登记结算机构办理出质登记，质权自登记时设立；以股权出质，其质权设立的情形分两种：

- (1) 以证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；
- (2) 以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

### 2. 出质人处分基金份额和股权的限制

本条第2款规定的是对出质人处分基金份额和股权的限制。原则上基金份额和股权出质后，不能转让，但如果出质人与质权人协商一致，都同意转让出质基金份额和股权，这属于双方当事人对自己权利的自由处分，法律自然允许。但转让基金份额和股权所得的价款，并不当然用于清偿所担保的债权，因为此时债务清偿期尚未届至，出质人应当与质权人协商，将所得的价款提前清偿所担保的债权或者提存。提前清偿债权的，质权消灭。提存的，质权继续存在于提存的价款上。出质人只能在提前清偿债权和提存中选择，不能既不同意提前清偿债权，也不同意提存。

## 重点法条

第二百二十八条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

## 法条精解

### 1. 以应收账款出质的权利质权设立

根据本条第1款的规定，以应收账款出质的，双方当事人应当订立书面质权合同。合同内容一般包括被担保债权的种类和数额，债务人履行债务的期限，应收账款的名称、数额，担保的范围等。合同订立后，质权并不当然设立，双方当事人还须到信贷征信机构办理出质登记后质权才设立。目前我国的信贷征信机构是中国人民银行信贷征信中心。

物权法之所以确定信贷征信机构为应收账款出质的登记机构，是考虑到现在市场交易追求交易安全、便捷、迅速的特点，统一应收账款出质的登记机构势在必行。同时，这个登记机构必须具备一个现代的、集中化的和基于互联网的技术系统，能够做到信息准确、快速及时、查询便捷、操作简单、成本低廉和使用安全。我国的信贷征信机构在全国已经建立了信贷征信系统，该系统是目前国内全国联网最大的电子化信息系统，覆盖面广，已经达到国内所有金融机构、所有县及有信用社的乡镇，信息量大，信息处理快捷，能够满足应收账款登记和查询需要。基于上述原因，物权法规定了信贷征信机构为应收账款出质的登记机构。

### 2. 应收账款出质后对出质人权利的限制

本条第2款规定的是应收账款出质后对出质人权利的限制，即出质人不得随意转让应收账款。出质人只有在取得质权人同意的情况下才能转让应收账款，与前几条规定的内容类似，转让应收账款所得的价款，并不当然用于清偿所担保的债权，因为此时债务清偿期尚未届至，出质人应当与质权人协商，将所得的价款提前清偿所担保的债权或者提存。提前清偿债权的，质权消灭。提存的，质权继续存在于提存的价款上。出质人只能在提前清偿债权和提存中选择，不能既不同意提前清偿债权，也不同意提存。

## 重点法条

第二百三十条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

第二百三十一条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

第二百三十二条 法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第八十二条 本法所称留置，是指依照本法第八十四条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者





以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第八十四条 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置权。

法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

### 《担保法解释》

第一百零九条 债权人的债权已届清偿期，债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产。

## 法条精解

### 1. 留置权的概念

留置权是指在债务人不履行到期债务时，债权人有权依照法律规定留置已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿的权利。这时，债权人为留置权人，占有的动产便为留置财产。

### 2. 留置权的特征

(1) 从属性。留置权以担保债权的目的而存在，因此留置权为从属于所担保债权的从权利，具有从属性。留置权依主债权的存在而存在，依主债权的转移而转移，并因主债权的消灭而消灭。

(2) 法定性。留置权为法定担保物权，具有法定性。留置权只能直接依据法律的规定发生，不能由当事人自由设定。只要债务人不履行到期债务，债权人即可以依照法律规定留置已经合法占有的债务人的动产，并在满足法律规定的条件的情况下，折价或者拍卖、变卖留置财产以受偿。

(3) 不可分性。留置权的不可分性表现为：一是留置权所担保的是债权的全部，而不是部分；二是留置权的效力及于债权人所留置的全部留置财产，留置权人对留置财产的全部行使留置权，而不是部分。只要债权未受全部清偿，留置权人就可以对全部留置财产行使权利，不受债权分割或者部分清偿以及留置财产分割的影响。当然，为了公平起见，依据《物权法》第234条，留置财产为可分物的，债权人留置的财产的价值应当相当于债务的金额，而不应留置其占有的债务人的全部动产。

### 3. 设立留置权必须具备的要件

(1) 债权人已经合法占有债务人的动产。债权人要行使留置权，必须已经合法占有债务人的动产。这个要件包含三层意思：①必须是动产。留置权的标的物只能是动产，债权人占有的不动产上不能成立留置权。②必须债权人占有动产。债权人的这种占有可以是直接占有，也可以是间接占有。但单纯的持有不能成立留置权，如占有辅助人虽持有动产，却并非占有人，因此不得享有留置权。③必须合法占有动产。债权人必须基于合法原因而占有债务人动产，如基于承揽、运输、保管合同的约定而取得动产的占有。如果不是合法占有的债务人的动产，不得留置，如债权人以侵权行为占有的债务人的动产。

(2) 债权人占有的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。除了企业之间留置的以外，留置财产必须与债权的发生处于同一法律关系中。比如，保管合同中寄存人不按期交付保管费，保管人可以留置保管物，此时留置权成立。如果保管人对寄存人享有的是保管合同之外的其他债权而留置保管物，或者保管人留置的是债务人的其他财产，则该留置权不能成立。由于在商业实践中，企业之间相互交易频繁，追求交易效率，讲究商业信用，如果严格要求留置财产必须与债权的发生具有同一法律关系，有悖交易迅捷和交易安全原则。因此，本条同时规定，企业之间留置的财产，可以不与债权属于同一法律关系。

(3) 债务人不履行到期债务。债权人对已经合法占有的动产，并不能当然成立留置权，留置权的成立还须以债权已届清偿期而债务人未全部履行为要件。如果债权未到期，那么债务人仍处于自觉履行的状态中，还不能判断债务人到期能否履行债务，这时留置权还不能成立。只有在债务履行期限届满，债务人仍不履行债务时，债权人才可以将其合法占有的债务人的动产留置。

(4) 法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

## 重点法条

第二百三十六条 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。



留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

### 【关联法条】

#### 《担保法》

第八十七条 债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。

债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。

留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

### 法条精解

留置权的实现是指留置权人对留置财产进行处分，以优先受偿其债权的行为。

#### 1. 留置权实现的条件

留置权人实现留置权必须具备两个条件：

(1) 留置权人须给予债务人以履行债务的宽限期。债权已届清偿期债务人仍不履行债务，留置权人并不能立即实现留置权，而必须经过一定的期间后才能实现留置权。这个一定的期间，称为宽限期。宽限期多长，涉及债权人与债务人利益的平衡问题。期限过长，不利于留置权人实现债权；期限过短，不利于债务人筹集资金，履行义务。为此，根据实践经验和公平原则，本条规定，留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人2个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。即留置权人留置财产后，便可以与债务人自由协商一定的债务履行期限。与担保法规定的这一期限“不得少于2个月”不同，物权法没有明确规定双方约定的期限长短，只要双方当事人协商达成一致便可。如果留置权人与债务人对于宽限期限没有约定或者约定不明确的，留置权人可自行确定宽限期限，但不得少于2个月，除非留置财产为鲜活易腐等不易保管的动产，比如海鲜、水果、蔬菜等。这些动产保管成本过高，如果期限过长，容易贬值甚至失去价值，对留置权人和债务人都不利，因此，留置权人无须给予债务人2个月以上的宽限期。

(2) 债务人于宽限期内仍不履行义务。债务人在宽限期内履行了义务，留置权归于消灭，留置权人当然不能再实现留置权。如果债务人仍不履行义务，留置权人便可以按法律规定的方法实现留置权。

#### 2. 留置权实现的方法

依照本条的规定，留置权实现的方法有三种，即折价、拍卖和变卖。留置权人可以与债务人协商采取哪种方法实现留置权，一般情况下，双方当事人可以先协议将留置财产折价以实现其债权，如果无法达成协议，留置权人可以依法拍卖或者变卖留置财产，并以拍卖或者变卖所得的价款优先受偿其债权。

(1) 折价。折价是指留置权人与债务人协议确定留置财产的价格，留置权人取得留置财产的所有权以抵销其所担保的债权。这种方法比较简单，但必须双方当事人协商一致，否则就应当采取拍卖或者变卖的方法。

(2) 拍卖。拍卖是指依照拍卖法规定的拍卖程序，于特定场所以公开竞价的方式出卖留置财产的方式。拍卖的公开性和透明度都比较高，但费用也较高。

(3) 变卖。变卖是指以一般的买卖形式出卖留置财产的方式。由于拍卖的费用较高，有的双方当事人不愿意负担这一费用，因此可以采取费用较为低廉的变卖方式。

本条第2款还规定，无论留置财产是拍卖还是变卖，都必须参照市场价格，而不能随意降低该留置财产的价格。

### 重点法条

第二百四十一条 基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。

### 法条精解

本条是关于有权占有法律适用的规定。占有过程中，被占有的不动产或者动产的使用、收益以及损害赔偿责任的确定？对这一问题的回答，因有权占有和无权占有而存在差别。对于因合同等债的关系而产生的占有，本法明确规定，有关被占有的不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照合同法等有关法律的规定。关于无权占有情形下，有关不动产或者动产的使用、收益及损害赔偿等，本法第242条至244条作了具体规定，无权占有是本编规定的重点。



## 重点法条

第二百四十二条 占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。

### 法条精解

本条是关于无权占有不动产或者动产致其损害，恶意占有人应当承担赔偿责任的规定。规定善意占有人不负责任的逻辑是，法律对于占有赋予了几种法律效力：其一就是权利的推定效力。占有人于占有物上行使的权利，推定其是否有此权利。而善意占有人在使用占有物时即被法律推定为物的权利人，具有占有使用的权利，因此，对于使用被占有的物而导致物的损害，不应负赔偿责任。本法采纳上述立法，规定占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任；对于善意占有人，法律不规定此种赔偿义务。

## 重点法条

第二百四十三条 不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

### 法条精解

本条是关于无权占有人应向权利人返还原物及其孳息，并且善意占有人享有必要费用返还请求权的规定。关于本条，主要明确了两层意思：第一，无论是善意占有人还是恶意占有人，对于权利人都负有返还原物及其孳息的义务；第二，返还原物及其孳息之后，善意占有人对于因维护该不动产或者动产而支出的必要费用，可以要求权利人返还，而恶意占有人无此项请求权。

## 重点法条

第二百四十四条 占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。

### 法条精解

本条是关于被占有的不动产或者动产毁损、灭失时无权占有人责任的规定。为了更准确地理解本条的含义，有必要从以下三个方面做进一步说明：

1. 毁损、灭失的含义。毁损的含义易于理解，它使得被占有的不动产或者动产的使用价值或者交换价值降低；而所谓灭失，指被占有的不动产或者动产对于占有人来说不复存在，这包括物的实体消灭和丧失下落，或者被第三人善意取得而不能返还。

2. 善意占有人对占有物毁损、灭失的责任。虽然善意占有人于占有物上所行使的权利，被推定为其合法享有，其对被占有物的使用，被规定为占有人的权利，但该物毕竟在法律上不属于占有人所有，如果造成占有物毁损、灭失的，占有人还应当对物的真正权利人承担赔偿责任。但法律还应当考虑减轻善意占有人的责任，以贯彻法律对善意占有人的保护。因此，在确定善意占有人的责任时，应当依照不当得利的返还原则，即只有善意占有人因物的毁损、灭失而受有利益时，才对物的权利人承担赔偿责任；如果未受有利益，则不必赔偿。所谓因物的毁损、灭失而受有利益，指占有人所受积极利益，如当物的毁损灭失由第三人造成时，占有人取得的赔偿金或者替代物；而消极利益，指占有人因物的毁损灭失而减少支出的费用，则不在此列。

3. 恶意占有人对占有物毁损、灭失的责任。所谓恶意占有，指明知或者因重大过失不知自己为无权占有而仍然进行的占有。是否为恶意占有，依占有人取得占有时的具体情况而进行判断。取得时为善意，而后得知自己为无权占有的，自其知道之时起，变为恶意占有人。恶意占有人明知自己无权而仍然占有他人之物，其占有不仅缺乏法律上的正当根据，道德上也乏善可陈，因此各国立法均对恶意占有人科以较重的责任。

恶意占有人通常系由侵权行为取得占有，因此在决定恶意占有人责任时，应参考侵权损害赔偿的原则，损失多少赔多少，除去占有物的价值外，还包括物的权利人所损失的利益。此外，占有物的价值，以物的实际价值为准，恶意占有人取得占有时的价值与物的权利人请求返还时的价值不同的，以较高价值的为准。



第二百四十五条 占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

## 法条精解

### 1. 占有保护请求权的概念

占有保护请求权是受诉讼程序保护的实体权。当占有人的占有被非法侵害时，占有人可直接对侵害人行使占有保护请求权，也可以向人民法院提起保护其占有的相应诉讼。占有人依据其占有保护请求权提起的诉讼称为占有之诉，它以维护占有人对物的事实上的支配为目的。

### 2. 占有保护请求权与物权请求权的区别

(1) 主体不同。占有保护请求权的主体为占有人；而物权请求权的主体为物权人。

(2) 基础不同。占有保护请求权的基础为占有事实；而物权请求权的基础为所有权或其他物权。

(3) 举证责任不同。对于占有保护请求权，占有人仅需证明其原本有占有的事实为已足；而对于物权请求权，因请求权是基于正当权源而主张，故其需举证证明其正当权源的存在。

(4) 社会功能不同。占有保护请求权在于维持占有的既存事实状态；而物权请求权则在于使已经为法律确认的物权关系得到保护，维护社会的法律秩序。

### 3. 占有保护请求权的种类

占有保护请求权以排除对占有的侵害为目的，因而属于一种物权的请求权，根据占有受侵害的不同情形，分别发生占有物返还请求权、占有妨害排除请求权和占有危险消除请求权。

(1) 占有物返还请求权。占有物返还请求权发生于占有物被侵夺的情形。此种侵夺占有而构成的侵占，是指非基于占有人的意思，采取违法的行为使其丧失对物的控制与支配。需要注意的是，非因他人的侵夺而丧失占有的，如因受欺诈或者胁迫而交付的，不享有占有物返还请求权。此种情形下，原占有人要回复占有，必须依法律行为的规定，主张撤销已经成立的法律关系等去解决。此外，还需说明一点，即本条所规定占有物返还请求权的要件之一，为侵占人的行为必须是造成占有人丧失占有的直接原因，否则不发生依据本条规定而产生的占有物返还请求权。例如，遗失物之拾得人。虽然拾得人未将遗失物交送有关机关而据为己有，但此种侵占非本条所规定的情形。拾得人将遗失物据为己有的行为，并非是失主丧失占有的直接原因（失主最初丧失对物的占有，可能是由于疏忽大意遗忘物品等），因此失主对于拾得人不得依占有物返还请求权为据提起诉讼，而应依其所有权人的地位提请行使返还原物请求权。

(2) 排除妨害请求权。占有被他人妨害时，占有人得请求妨害人除去妨害。排除妨害请求权的相对人，为妨害占有的人。数人相继为妨害的，以现为妨害的人为请求权的相对人；在继续妨害中，占有人可请求相对人停止妨害；在一次妨害中，占有人可请求相对人除去妨害中。排除妨害的费用应由妨害人负担。占有人自行除去妨害的，其费用可依无因管理的规定向相对人请求偿还。

(3) 消除危险请求权。消除危险请求权中的危险，应为具体的事实的危险，对于一般抽象的危险，法律不加以保护。具体的事实的危险，指其所用的方法，使外界感知对占有的妨害。例如违反建筑规则建设高危建筑、接近邻地开掘地窖等，而产生对邻地的危险。需要说明两点的是：首先，危险消除请求权中的危险，必须持续存在，请求权行使之时危险已经消失的，不得请求防止；其次，必须有客观的产生危险的事实，被请求人有无故意或者过失，法律在所不问。

占有虽非一种权利，但也属法律所保护的一种财产利益，不受他人非法的任意侵害。侵害占有的，应负侵权的损害赔偿责任。侵害占有可能发生的损害主要有：①使用收益的损害，即占有人不能使用收益占有物而生的损害；②支出费用的损害，即占有人对占有物支出费用，本可向物的权利人请求偿还，却因该物被侵夺而毁损、灭失不能求偿；③责任损害，即占有人因占有物被第三人侵夺而发生毁损灭失后，从而产生对物的权利人的损害赔偿责任。

### 4. 占有人返还原物请求权的行使期间

本条最后规定了占有保护请求权中的返还原物请求权，自侵占发生之日起1年内未行使的，该请求权消灭。这里需要说明两个问题。首先，占有保护请求权中的排除妨害请求权和消除危险请求权，原则上同妨害或者危险的持续状态紧密相连。如果妨害已经消失或者危险已经不存在，自然没有排除妨害或者消除





危险请求权提请的必要；如果此种妨害或者危险造成了实际的损害，占有人当然可以提起损害赔偿请求权，而此项损害赔偿请求权应当受2年普通诉讼时效的限制；如果妨害或者危险持续发生，那么此项排除妨害或者消除危险的请求权自然没有受时效限制的道理。

占有人返还原物请求权可因一定期间内不行使而消灭，此项期间各国立法如德国、瑞士、日本及我国台湾地区，大多规定为1年。该期间有的国家明定为消灭时效，有的规定为除斥期间。但是从占有保护制度的设立目的和实际功能上讲，此项期间设为除斥期间更妥。理由在于消灭时效可因事实而中断或者中止，而且它以受侵害人知道或者应当知道受侵害之时开始起算，如果按照消灭时效来规定，此项期间可能远比1年要长，那么将使权利处于长期不稳定的状态。而且通常情况下，占有物返还请求权因除斥期间经过而未行使的，占有人如果对物享有其他实体权利（例如所有权等），自然可以依照其实体权利提出返还请求，因此也没有必要在本条中规定更长的期间进行保护。

### 真题示例

（2007-3-57）甲向乙借款5000元，并将自己的一台笔记本电脑出质给乙。乙在出质期间将电脑无偿借给丙使用。丁因丙欠钱不还，趁丙不注意时拿走电脑并向丙声称要以其抵债。下列哪些选项是正确的？

- A. 甲有权基于其所有权请求丁返还电脑
- B. 乙有权基于其质权请求丁返还电脑
- C. 丙有权基于其占有被侵害请求丁返还电脑
- D. 丁有权主张以电脑抵偿丙对自己的债务

答案：ABC。

解析：根据《物权法》第34条规定，甲乙是该台笔记本电脑的权利人，所以AB正确。根据《物权法》第245条第1款规定，丙虽然没有该台笔记本电脑的所有权，但是丙是占有人，其占有的标的物被侵占后，丙有权请求返还原物，因此C项正确。另外，丁趁丙不注意拿走该笔记本属于违法取得，D是错误的。所以本题正确答案是ABC。

## 《担保法》

### 重点法条

第四条 第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

【关联法条】

《物权法》

第一百七十一条 债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和有关法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和有关法律的规定。

《担保法解释》

第二条 反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。

反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。

### 法条精解

#### 1. 反担保的概念

反担保又可称为求偿担保，是指为保障债务人之外的担保人将来承担担保责任后对债务人的追偿权的实现而设定的担保。

反担保是相对于担保而言并在既存本担保关系的基础上设立的。作为反担保的对称并为反担保设定的前提和本担保，是指并仅限于“第三人为债务人向债权人提供的担保”，而债务人自己向债权人提供的担保则不在其列。因为债务人自己充当担保人时，不存在可期待的追偿权，自亦无从为其设立反担保。

在本担保中，为债务人向债权人提供担保的第三人，在债务人届期不履行债务时，须依合同约定及法律规定承担担保责任，以自己的财产代为债务之清偿。代偿债务后，该担保人即成为债务人的新债权人，就其代债务人向债权人清偿的债务，有权向债务人追偿。



## 2. 反担保成立的条件

- (1) 第三人先向债权人提供了担保，才能有权要求债务人提供反担保；
- (2) 债务人或债务人之外的其他人向第三人提供担保；
- (3) 只有在第三人为债务人提供保证、抵押或质押担保时，才能要求债务人向其提供反担保；
- (4) 须符合法定形式，即反担保应采用书面形式，依法需办理登记或移交占有的，应办理登记或转交占有手续。

### 重点法条

第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

#### 【关联法条】

##### 《物权法》

第一百七十二条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

##### 《担保法解释》

第三条 国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

第四条 董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。

第五条 以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的，担保合同无效。

以法律、法规限制流通的财产设定担保的，在实现债权时，人民法院应当按照有关法律、法规的规定对该财产进行处理。

第六条 有下列情形之一的，对外担保合同无效：

- (一) 未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的；
- (二) 未经国家有关主管部门批准或者登记，为境外机构向境内债权人提供担保的；
- (三) 为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的；
- (四) 无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的；
- (五) 主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管部门批准的，担保人不再承担担保责任。但法律、法规另有规定的除外。

第七条 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

第八条 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

第九条 担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。

第十条 主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是，担保合同另有约定的除外。

### 法条精解

担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同无效，当事人仍然可能承担相应的民事责任，具体来说：

1. 担保合同自身无效，而主合同仍然有效时担保人的责任。根据最高人民法院关于《担保法司法解



释》第7条规定在此时如果债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人经济损失承担连带赔偿责任。此时债权人的无过错是指对担保合同无效无过错，担保人承担的是缔约过失的责任；而当债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务不能清偿部分的1/2。判断“不能清偿”的标准是以债务人“方便执行”的财产是否执行完为标准。

2. 主合同无效导致担保合同无效，担保人的责任。根据《担保法解释》第8条，在此时如果担保人无过错，不承担民事责任，如有过错，承担民事责任为不应超过债务人不能清偿部分的1/3。这时的1/3是债务人不能清偿部分的1/3而不是债权人全部损失的1/3。

3. 主合同无效，担保合同也无效时担保的责任。对于这种情况目前法律及司法解释均无明确规定，根据当前实际情况，通说认为如在三方均有过错情况下应在“不能清偿”部分1/2~1/3间来确定担保责任，如果担保人对担保合同的无效无责任，则不应承担民事责任。

## 重点法条

第六条 本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

### 【关联法条】

### 《担保法解释》

第二十二条 第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。

主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。

## 法条精解

### 1. 保证的概念

保证是指第三人和债权人约定，当债务人不履行其债务时，该第三人按照约定履行债务或者承担责任的担保方式。保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的，如果保证人不能实际代为履行，对债权人因此造成的损失，保证人应当承担赔偿责任。

### 2. 担保的法律特征

(1) 从属性。又称附从性、伴随性，是指合同担保的成立和存在必须以一定的合同关系的存在为前提。从属性主要表现在以下三个方面：一是成立上的从属性；二是处分上的从属性；三是消灭上的从属性。

(2) 补充性。补充性主要体现在以下两个方面：一是责任财产的补充；二是效力的补充。

(3) 相对独立性。主要表现在以下两个方面：一是发生或存在的相对独立性；二是效力的相对独立性。

## 真题示例

(2008-3-53) 甲向乙借款5万元，乙要求甲提供担保，甲分别找到友人丙、丁、戊、己，他们各自作出以下表示，其中哪些构成保证？

- A. 丙在甲向乙出具的借据上签署“保证人丙”
- B. 丁向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款，本人愿代还3万元”
- C. 戊向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款，由本人负责”
- D. 己向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款，由本人以某处私房抵债”

答案：ABC。

解析：根据《担保法》第6条和《担保法解释》第22条规定可知，ABC项中丙、丁、戊的行为都符合法律规定的保证方式，因此，构成保证，应选；D项属于抵押而非保证，因此D项错误，不选。

## 重点法条

第七条 具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。

第八条 国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。



第九条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

第十条 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。

企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

第二十九条 企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或者超出授权范围的部分无效，债权人和企业法人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任；债权人无过错的，由企业法人承担民事责任。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第十四条 不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。

第十五条 担保法第七条规定的其他组织主要包括：

- (一) 依法登记领取营业执照的独资企业、合伙企业；
- (二) 依法登记领取营业执照的联营企业；
- (三) 依法登记领取营业执照的中外合作经营企业；
- (四) 经民政部门核准登记的社会团体；
- (五) 经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业。

第十六条 从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其所签定的保证合同应当认定为有效。

第十七条 企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任。

企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。

企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。企业法有过错的，按照担保法第二十九条的规定处理。

第十八条 企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担。

债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照担保法第五条第二款的规定和第二十九条的规定处理。

### 法条精解

具有代偿能力的自然人、法人或者其他组织均可以作为保证人，但是法律规定不得担任保证人的除外。

### 重点法条

第十二条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第十九条 两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。

连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。

第二十条 连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。

连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。





## 1. 连带责任保证的概念

连带责任保证是指保证人与债务人对主债务承担连带责任的保证。连带保证具有一般保证的从属性，以主债务的成立和存续为其存在的必要条件。连带保证不具有补充性。连带保证人与债务人负连带责任，债权人可先向保证人要求其履行保证义务，而无论主债务人的财产是否能够清偿。

当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。我国法律规定没有约定或约定不明，则为连带保证，成立一般保证则要特殊约定，这事实上加重了保证人的责任。

保证期间是指保证责任的存续期间，连带保证责任也不例外。如果在保证期间内，债权人依法向连带责任保证人请求承担保证责任，保证人不得拒绝，这就是连带责任保证中保证期间效力的积极方面。那么如果在保证期间内债权人没有要求保证人承担保证责任，则保证人免除保证责任，这是连带责任保证中保证期间的消极效力。

## 2. 连带责任保证的特点

(1) 连带责任保证是由保证人与主债权人在保证合同中约定和法律推定的保证方式。作为保证方式的一种，当事人应当在保证合同中明确约定连带责任保证方式。但我国《担保法》规定，如果保证人与保证人对连带责任保证和一般保证没有作出约定或者约定不明确的，推定为连带责任保证。

(2) 由保证人与主债务人对主合同债务承担连带责任。这意味着保证人与主债务人对主合同债务均负有全部清偿的责任。

(3) 主债务人在债务履行期届满没有履行债务时由保证人承担保证责任。在连带责任保证的情况下，一旦主债务人到期不履行主合同债务，债权人既可以要求主债务人清偿债务，也可以要求保证人承担保证责任。

## 3. 一般保证责任与连带保证责任的区分

一般保证责任是指当债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任，因此一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。连带责任保证是指保证人与债务人对债务承担连带责任，当债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

保证合同中一般都明确写明，保证人承担的是一般保证还是连带责任保证，但如果没有约定或约定不明的，按照连带责任保证承担保证责任（在《担保法》生效之前即1995年10月1日前，被认定为一般保证责任）。保证合同中如明确约定保证人在债务人不能履行债务时始承担保证责任的，视为一般保证；如明确约定保证人在被保证人不履行债务时承担保证责任，且根据当事人订立合同的本意推定不出为一般保证的，视为连带责任保证。

## 真题示例

(2005-3-85) 甲对乙享有60万元债权，丙、丁分别与甲签订保证合同，但未约定保证责任的范围和方式。戊以价值30万元的房屋为乙向甲设定抵押并办理了登记。下列关于乙、丙、丁关系的表述何者正确？

- A. 丙、丁的保证都为连带责任保证
- B. 丙、丁对乙的全部债务承担保证责任，但彼此之间不负连带责任
- C. 若丙与丁事后约定各自担保乙的30万元债务，该约定未经甲的同意不能生效
- D. 若丁代乙清偿了全部债务，应首先向乙追偿，若乙不能偿还再要求丙分担责任

答案：AD。

解析：连带保证的保证责任的承担。未约定保证责任的范围和方式的，推定为共同连带保证，故A正确。根据《担保法解释》第19条规定，B项表述错误。根据《担保法解释》第20条规定，D项表述正确，C项表述错误。

## 重点法条

第十四条 保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。



## 【关联法条】

### 《担保法》

第二十七条 保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。

### 《担保法解释》

第二十三条 最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。

第三十七条 最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。

## 法条精解

### 1. 最高额保证的概念

最高额保证，就是指保证人和债权人签订一个总的保证合同，为一定期限内连续发生的借款合同和某项商品交易行为提供保证，只要债权人和债务人在保证合同约定的债权额限度内进行交易，保证人则依法承担保证责任。

最高额保证通常适用于债权人与债务人之间具有经常性的、同类性质业务往来，多次订立合同而产生的债务，如经常性的借款合同或者某项商品交易合同关系等。对一段时期内订立的若干合同，以订立一份最高额保证合同为其担保，可以减少每一份主合同订立一个保证合同所带来的不便，同时仍能起到债务担保的作用。

### 2. 最高额保证的特点

(1) 最高额保证所担保的债务在保证设立时可能已经发生，也可能没有发生，最高额保证的生效与被担保的债务是否实际发生无关。

(2) 最高额保证所担保的债务为一定期间内连续发生的债务。

(3) 最高额保证约定有保证人承担保证责任的最高限额。

(4) 最高额保证所担保的不是多笔债务的简单累加，而是债务整体，各笔债务的清偿期仅对债务人有意义，并不影响保证人承担保证责任。

最高额保证的期间与单个形式保证的期间是不同的。单个形式的保证期间即保证责任期间，是根据当事人约定或者法律规定，债权人应当向债务人或保证人主张权利的期间。该保证在设定时，因其担保的债权已经特定，债权额已经确定，因此保证期间是保证人对特定债权承担保证责任的最后期，保证人仅于保证期限内承担保证责任。主债务履行期届满，债权人没有在约定或者法律规定的期间内向保证人主张权利的，保证期间届满，保证人的保证责任即消灭，因此单个形式的保证期间仅具有免除保证人的保证责任的效果。而最高额保证所担保的是“在一定期间内连续发生的”债权，最高额保证在设定时，其担保的债权尚未发生或虽已发生却仍处于变动的不特定状态之中，债权额是不确定的，只有一定期间届满，决算期届至，债权额才能确定，保证人的保证责任才能产生。因此，在最高额保证合同中，保证期间虽然从性质上也是保证人承担保证责任的责任期间，但其存在两个期间：保证人应对一系列债权承担责任的范围期间；在不特定债权额确定之后，债权人向保证人主张权利的期间。因此从严格意义上讲，最高额保证的期间应区别为最高额保证的存续期间和最高额保证的责任期间。

## 重点法条

第十七条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：

- (一) 债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；
- (二) 人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；
- (三) 保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。



## 【关联法条】

### 《担保法解释》

第二十四条 一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。

第二十五条 担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。

第一百二十五条 一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的，人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。但是，应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时，由保证人承担保证责任。

## 法条精解

### 1. 一般保证的概念

一般保证是指保证人仅对债务人不履行债务负补充责任的保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。因此，在一般保证中，保证人仅在债务人的财产不足以完全清偿债权的情况下，才负保证责任。

### 2. 先诉抗辩权

（1）先诉抗辩权是指一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。

#### （2）行使先诉抗辩权必须具备的条件

① 只有保证合同中明确约定保证人的保证责任是一般保证，保证人才能享有先诉抗辩权，这一点非常重要，因为我们国家担保法是以连带责任担保为原则，以一般保证担保为例外的。

② 行使先诉抗辩权的时间和条件，根据《担保法》第17条第2款的规定，即：一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。也就是说保证人在诉讼或者仲裁前，或在诉讼或者仲裁程序中以及强制执行程序中的任何时候都可以行使先诉抗辩权。

③ 先诉抗辩权的行使仅是暂时拒绝履行债务，延缓保证责任的承担，而不是不承担保证责任了。

④ 先诉抗辩权的例外情形。债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的（包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行）；人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；保证人以书面形式放弃前款规定的权利的，不得行使先诉抗辩权。

### 3. 保证人的免责事由

一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。

## 真题示例

（2003-3-36）出现下列何种情形时，一般保证的保证人不得行使先诉抗辩权？

- A. 债务人被宣告失踪，且无可供执行的财产
- B. 债务人移居国外，但国内有其购买现由亲属居住的住宅
- C. 债务人被宣告破产，中止执行程序的
- D. 保证人曾以书面方式向主合同当事人以外的第三人表示放弃先诉抗辩权

答案：AC。

解析：根据《担保法》第17条和《担保法解释》第25条规定，可以判断出A、C应选，B项不选。而D项中保证人放弃先诉抗辩权的行为因为没有向合同当事人作出而不能发生法律效力，不应选。

## 重点法条

第十八条 当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。



第十九条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第一百二十六条 连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。

### 法条精解

#### 1. 连带保证责任的概念

连带责任保证是指保证人于债务人不履行债务时，对债权人承担连带责任的保证。当事人未约定为一般保证或约定不明的，视为连带保证。

#### 2. 一般保证责任与连带保证责任的区别

(1) 责任的具体作法不同。一般保证的保证人只是在主债务人不履行时，有代为履行的义务，即有补充性；而连带责任保证中的保证人与主债务人为连带债务人，债权人在保证范围内，可以向债务人求偿，也可以向保证人求偿，债权人无论选择谁，债务人和保证人都无权拒绝。

(2) 连带责任保证中保证人与主债务人的权利义务及其责任问题适用于连带债务的法律规定。而一般保证人与主债务人之间不存在连带债务问题，只是在保证人向债权人履行债务后，保证人对主债务人享有求偿权。

(3) 连带责任保证中的债务人无先诉抗辩权，即不能以债权人是否催告主债务人作为是否履行保证义务的抗辩理由；而一般保证中的保证人享有先诉抗辩权，即当债权人要求保证人代为履行时，保证人可以要求债权人先就主债务人的财产诉请强制执行或设有物的担保时先执行担保物权为由而拒绝清偿。

(4) 连带责任保证是由法律规定或当事人约定，无规定或约定的亦按连带责任保证承担；一般保证则由当事人约定。

(5) 连带责任保证的担保力度较强，对债权人颇为有利，保证人的负担较重；而一般保证的担保力度相对较弱，保证人的负担相对较轻。

### 重点法条

第二十条 一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。

抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。

### 法条精解

保证具有附从性，因而债务人对于债权人享有的抗辩权，保证人也享有。该类抗辩权主要包括：权利未发生的抗辩权，权利已经消灭的抗辩权，拒绝履行的抗辩权。

保证人享有的主债务人的抗辩权，虽然在相当程度上依赖于主债务人的抗辩权，但它是一种法定抗辩权，独立于主债务人的抗辩权而发生效力，因而债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。

### 重点法条

第二十一条 保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

### 【关联法条】

#### 《物权法》

第一百七十三条 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

### 法条精解

保证担保的范围，亦即保证债务的范围，或称保证责任的范围。当事人未约定的，保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。

### 重点法条

第二十二条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承





担保责任。保证合同另有约定的，按照约定。

第二十三条 保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

第二十四条 债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

#### 【关联法条】

##### 《物权法》

第一百七十五条 第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。

##### 《担保法解释》

第二十八条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。

第二十九条 保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。

第三十条 保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。

债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。

第三十九条 主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。

新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定。

### 法条精解

#### 1. 保证期间债权转让的规定

合同当事人依法将合同的权利转让给第三人是当事人的权利。保证合同是主合同的从合同，保证人提供的保证是对主债权的担保，在保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人应当在原保证范围内继续承担保证责任。当然，债权转让不影响保证责任的承担也并非没有限制，首先，主债权人向第三人转让债权的行为必须是在保证期间内作出的，保证人才继续承担保证责任；其次，债权转让后，保证人是在原保证范围内继续承担保证责任。此外，如果当事人在保证合同中明确规定，保证人仅对特定的债权承担责任或者禁止债权转让的，那么，在出现债权转让情形时，保证人就不再承担保证责任。

#### 2. 保证期间债务转让的规定

保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不承担保证责任。由于是主合同的主体发生了变化，债务转移必须经保证人的同意。

#### 3. 保证期间债权人与债务人协议变更主合同的效力

债权人与债务人有权协议变更主合同，但在保证人对主合同的债权提供了保证之后，这种主合同权利义务变更必然对保证人所承担的保证责任产生影响。因此，如果要使保证人继续承担保证责任，就必须取得保证人对主合同变更的书面同意。为了防止主合同变更时引起保证责任的变化，当事人可以在担保合同中明确约定，债权人和债务人变更主合同可以不经保证人的同意，保证人仍应当对变更后的合同提供担保，那么，则可以依当事人的约定。最高人民法院对主合同变更未经保证人同意的，增加解释为：如果减轻债务人债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限作出了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。

### 真题示例

(2002-3-9) 甲企业与乙银行签订借款合同，借款金额为 10 万元人民币，借款期限为 1 年，由丙企



业作为借款保证人。合同签订3个月后，甲企业因扩大生产规模急需资金，遂与乙银行协商，将贷款金额增加到15万元，甲和银行通知了丙企业，丙企业未予答复。后甲企业到期不能偿还债务。该案中的保证责任应如何承担？

- A. 丙企业不再承担保证责任，因为甲与乙变更合同条款未得到丙的同意
- B. 丙企业对10万元应承担保证责任，增加的5万元不承担保证责任
- C. 丙企业应承担15万元的保证责任，因为丙对于甲和银行的通知未予答复，视为默认
- D. 丙企业不再承担保证责任，因为保证合同因甲、乙变更了合同的数额条款而致保证合同无效

**答案：**B。

**解析：**本题考保证责任与主债务的关系。根据《担保法解释》第30条第1款规定，丙企业为甲企业向乙银行协商借款10万元人民币提供担保。后甲企业与乙银行协商将贷款金额增加到15万元，虽然通知了丙企业，但丙企业未予书面的答复。由于他人单方意思表示不能对相对人发生拘束力，故将沉默推定为默认必须有法律的明确规定，本案中沉默不能视为默认。因此丙企业对10万元仍应承担保证责任，而对于增加的5万元不承担保证责任。

## 重点法条

第二十五条 一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定。

第二十六条 连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第三十一条 保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。

第三十二条 保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。

第三十三条 主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

第三十四条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

第三十五条 保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的，又以超过诉讼时效为由抗辩的，人民法院不予支持。

第三十六条 一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。

一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

第三十七条 最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。

## 法条精解

### 1. 保证期间的概念

所谓保证期间，是指依合同约定或法律规定，保证人承担保证责任的期限。如果超过了这个期限，保证人就不再承担保证责任。根据我国《担保法》的规定，保证期间分约定保证期间与法定保证期间。前者



由债权人与保证人在保证合同中约定，后者是在当事人没有约定的情况下由法律直接规定，我国法定的保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。

## 2. 保证期间的计算

保证期间为除斥期间。有约定时依约定；无约定时应自主债务履行期届满之日起6个月，主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。

保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起2年。

## 真题示例

1. (2005-3-57) 依照《中华人民共和国担保法》和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》的相关规定，连带责任保证的法定保证期间属何种期间？

- A. 诉讼时效期间
- B. 除斥期间
- C. 可变期间
- D. 不可变期间

答案：BD。

解析：根据《担保法》第26条除斥期间与诉讼时效期间的不同特点分析，以及担保法及其司法解释可以看出，连带责任保证的法定保证期间属于除斥期间和不变期间。B项和D项正确。

2. (2006-3-59) 下列关于保证债务诉讼时效的哪些表述是正确的？

- A. 保证期间届满后，不必再起算保证债务的诉讼时效
- B. 保证债务的诉讼时效起算后，不必再计算保证期间
- C. 保证债务的诉讼时效随主债务诉讼时效中止而中止
- D. 保证债务的诉讼时效随主债务诉讼时效中断而中断

答案：ABC。

解析：根据《担保法》第25条和第26条规定，A项是正确的。根据《担保法解释》第31条和第34条规定，B项是正确的。根据《担保法解释》第36条规定，C项是正确的，D项是错误的。

## 重点法条

第二十八条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

### 【关联法条】

#### 《物权法》

第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

#### 《担保法解释》

第三十八条 同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。

债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

## 法条精解

1. 物保优于人保——《担保法》第28条的原则

(1) 物保与人保都有效时，保证人在物保范围外承担责任。



(2) 物保因某种原因消灭时, 保证人在物保范围内免责:

① 债权人放弃物保的;

② 债权人因怠于行使物保权利而致担保物价值减损或毁损灭失的。

## 2. 第三人物保与第三人保并存——《担保法解释》第38条

(1) 第三人物保与第三人保并存时, 两担保人承担连带责任:

① 债权人可以选择物保人或人保人承担保证责任:

② 第三人物保与第三人保并存时, 担保人内部平均分担责任, 但物保人责任以担保物价值为限。

(2) 物保合同无效或被撤销, 担保物因不可抗力灭失又无代位物的

① 担保物因不可抗力灭失又无代位物的, 贯彻物保人与人保人的连带责任规则, 人保人继续承担保证责任。

② 物保合同无效或被撤销, 人保人继续承担保证责任; 但要区分债权人有无过错两种情况: 若债权人无过错, 则物保人须与债务人承担连带责任, 此时发生物保人、人保人、债务人对债权人的共同连带责任; 若债权人有过错, 则物保人承担债务人不能清偿部分的 1/2。

### 真题示例

(2004-3-6) 甲向乙借款 20 万元, 以其价值 10 万元的房屋、5 万元的汽车作为抵押担保, 以 1 万元的音响设备作质押担保, 同时还由丙为其提供保证担保。其间汽车遇车祸损毁, 获保险赔偿金 3 万元。如果上述担保均有效, 丙应对借款本金在多大数额内承担保证责任?

A. 7 万元

B. 6 万元

C. 5 万元

D. 4 万元

答案: B。

解析: 根据《担保法》第 28 条第 1 款规定, 丙作为保证人的保证担保范围是房屋抵押担保 10 万元、汽车保险金 3 万元以及音响质押担保 1 万元以外的债务, 应为 6 万元。故 B 正确。

### 重点法条

第三十条 有下列情形之一的, 保证人不承担民事责任:

(一) 主合同当事人双方串通, 骗取保证人提供保证的;

(二) 主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段, 使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

#### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第三十九条 主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷, 除保证人知道或者应当知道的外, 保证人不承担民事责任。

新贷与旧贷系同一保证人的, 不适用前款的规定。

第四十条 主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段, 使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的, 债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的, 按照担保法第三十条的规定处理。

第四十一条 债务人与保证人共同欺骗债权人, 订立主合同和保证合同的, 债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造成损失的, 由保证人与债务人承担连带赔偿责任。

### 法条精解

保证人不承担民事责任主要有以下几种情况:

1. 主合同当事人双方串通, 骗取保证人提供保证的;

2. 主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段, 使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的;

3. 主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段, 使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的, 债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的。

### 重点法条

第三十一条 保证人承担保证责任后, 有权向债务人追偿。

第三十二条 人民法院受理债务人破产案件后, 债权人未申报债权的, 保证人可以参加破产财产分配,





预先行使追偿权。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第四十四条 保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。

债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。

第四十五条 债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知保证人，致使保证人不能预先行使追偿权的，保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。

第四十六条 人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，各连带共同保证的保证人应当作为一个主体申报债权，预先行使追偿权。

### 法条精解

#### 1. 保证人的追偿权的概念

保证人追偿权又称保证人求偿权，是指保证人在履行保证债务后，得请求主债务人偿还的权利。保证人所享有的追偿权，在本质上是一种代位请求权，也就是保证人在清偿债务后，代替原债权人的地位，在其与债务人之间形成一种债权债务关系。

#### 2. 保证人追偿权的成立须具备的三个条件

(1) 保证人向债权人履行了保证债务。不论保证人以何种方式履行债务，也不论保证人是履行了全部还是部分债务，只要保证人承担了保证责任，就可享有追偿权。

(2) 因保证人的履行而使主债务人免责。所谓使主债务人免责，是指主债务人对债权人的债务因保证人的履行而消灭，并非指债权债务消灭。债务人非因保证人的保证债务的履行而免责的，保证人不享有求偿权。例如，债务人因自己的清偿行为而免责时，即使保证人又履行了保证债务，保证人也不享有向债务人追偿的权利。在此情形下，保证人只能依不当得利的规定请求债权人返还。

(3) 保证人履行保证债务无过错。保证人在承担保证责任上有过错的，保证人丧失求偿权。例如，保证人在债权人请求其承担保证责任时，应行使主债务人的抗辩权而未行使，致使承担了不应承担的责任的，在此范围内，保证人丧失向主债务人追偿的权利。又如，保证人在为清偿或其他免责行为后，应当及时通知主债务人，以免造成主债务人的重复履行。如保证人在履行保证债务后怠于通知主债务人，致使主债务人善意地再为履行时，保证人也丧失追偿权。

#### 3. 保证人追偿权的范围

一般应当包括两部分：一部分是保证人为主债务人向债权人清偿的债务额，但以主债务人因其清偿受免责的数额为限；另一部分是保证人履行保证债务所支出的必要费用，但因保证人的过错而多付出的费用不在此列。

保证人追偿权一般只能在保证人承担保证责任后才能发生和行使，但为保证保证人在履行保证债务后能够实现追偿的权利，法律规定了保证人得事前行使追偿权的情况。我国《担保法》第32条规定：“人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产财产分配，预先行使追偿权。”

### 重点法条

第八十九条 当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

第九十条 定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

第九十一条 定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十。

### 【关联法条】

#### 《担保法解释》

第一百一十五条 当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。

第一百一十六条 当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未支付定



金，但主合同已经履行或者已经履行主要部分的，不影响主合同的成立或者生效。

第一百一十七条 定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。对解除主合同后责任的处理，适用《中华人民共和国合同法》的规定。

第一百一十八条 当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。

第一百一十九条 实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。

第一百二十条 因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。

第一百二十一条 当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。

第一百二十二条 因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人，可以依法向第三人追偿。

## 法条精解

### 1. 定金的概念

定金是在合同订立或在履行之前支付的一定数额的金钱作为担保的担保方式。给付定金的一方称为定金给付方，接受定金的一方称为定金接受方。

### 2. 定金的法律特征

(1) 定金是一种金钱担保方式。其担保性体现在法律对定金罚则的规定上，即给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

(2) 定金是通过给付行为设定的。定金合同是实践合同，定金合同自交付定金之日起生效。

(3) 定金必须以明确的意思表示约定。当事人要么明确约定其给付的金钱为定金，要么约定了定金罚则的实际内容，否则不构成定金。(《担保法解释》第118条规定，当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持)

### 3. 定金的种类

(1) 订约定金。订约定金，又称为立约定金，是指为担保合同的订立而支付的一定数额的金钱。订约定金是一方拒绝订立主合同为适用条件。《担保法解释》第115条规定，当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应双倍返还定金。

(2) 成约定金。成约定金，谓为合同成立要件的定金，与要物合同之物的交付，作用相同（因其未见有“定金罚则”，故并非债的担保）。《担保法解释》第116条规定，当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未付定金，但主合同已经履行或履行主要部分的，不影响主合同成立或生效。

(3) 解约定金。解约定金，是指当事人在合同中约定的以承受定金罚则作为保留合同解除权的代价的定金。解约定金是以一方解除合同为适用条件。设立解约定金必须在合同中作出明确规定，否则对合同规定的定金只能解释为违约定金。

① 解约定金的实质在于给予合同当事人于放弃或者加倍返还定金等条件下以单方面解除合同的权力。

② 合同中约定了解约定金的，当事人以承担定金损失为代价要求解除合同的，对该合同不能强制实际履行。

③ 当事人如果申请人民法院强制实际履行合同的，人民法院应当予以驳回。

④ 定金处罚不排除损害赔偿，在守约的当事人损失大于定金收益情况下，承担了定金处罚的当事人仍然应当承担损害赔偿赔偿责任。

(4) 违约定金。违约定金实际就是履约定金，即以担保合同的履行而支付的一定数额的金钱。《担保



法》第89条规定，当事人可以约定一方向对方给付定金作为债务的担保。债务人履行债务后，定金应抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应双倍返还定金。

(5) 证约定金。证约定金，是指以交付事实作为当事人之间存在合同关系的证明的定金。证约定金不是合同成立的必备要件，合同是否成立与定金的交付没有关系。《担保法》及其司法解释没有对证约定金作出专门规定，但是司法实践认可交付定金的书面证明（如收据）为主合同已经成立的证据。事实上，证约定金是一般定金都具有的共性，大多数情况下，定金的证约性质不因当事人专门约定而产生和独立存在，而是由违约定金、解约定金和成约定金所派生。

① 定金的数额原则上是由当事人约定的，但担保法对其最高限额又作了限定，即不能超过主合同标的额的20%。《担保法解释》规定，当事人约定的定金数额超过主合同标的额的20%的，超过的部分，人民法院不予支持。意图显然是限制给付数额过大的定金，将定金的惩罚限定在一定的限度内。

② 《担保法解释》第119条规定，实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。该规定说明定金合同是实践合同，只有定金交付另一方当事人接受后，定金合同才成立。

#### 4. 定金罚则的应用

(1) 给付定金方不履行合同义务的，无权请求返还定金；接受定金方不履行合同义务的，双倍返还定金。当事人一方不完全履行合同的，应按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。

(2) 定金的适用需要符合以下几个条件：

① 定金合同是实践合同，需要定金的实际交付。定金如未实际交付的，在当事人一方不履行合同债务或者不订立主合同时，不能适用定金罚则。

② 主合同必须有效。这是由定金合同的从属性所决定的。如果主合同无效或者被撤销的，即便当事人已有交付和收受定金的事实，也不能适用定金罚则。但是，当事人可以约定定金合同的效力独立于主合同，即主合同无效定金合同却不一定无效。

③ 当事人不履行债务且无法定免责情形。

(3) 《担保法解释》对适用定金罚则的几种特殊情况作出的规定

① 视为不履行被担保的债务的情况。因当事人一方迟延履行或者有其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则。但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

② 不完全履行合同的定金罚则。当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。

③ 因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人，可以依法向第三人追偿。

### 真题示例

(2004-3-8) 甲向乙订购15万元货物，双方约定：“乙收到甲的5万元定金后，即应交付全部货物。”合同订立后，乙在约定时间内只收到甲的2万元定金。下列说法哪一个是正确的？

- A. 实际交付的定金少于约定数额的，视为定金合同不成立
- B. 实际交付的定金少于约定数额的，视为定金合同不生效
- C. 实际交付的定金少于约定数额的，视为定金合同的变更
- D. 当事人约定的定金数额超过合同标的额20%，定金合同无效

答案：C。

解析：根据《担保法》和《担保法解释》的相关规定，定金合同是实践合同，定金合同从实际交付定金之日起生效。约定定金金额与实际交付金额不一致的，以实际交付金额为准。根据《担保法解释》第119条规定。定金具有有限额性，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%，当事人约定的定金数额超过主合同标的额的20%的，超过的部分，人民法院不予支持，即定金数额超过合同标的额的20%的，并非全部无效，仅仅是超过的部分不以定金计。故实际交付的定金是少于约定数额的，定金合同成立，视为定金合同的变更。据此，C项正确。



# 《合同法》

## 重点法条

第二条 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

## 法条精解

1. 合同法的适用范围与过去相关立法相比，作了适当扩大。①合同主体，包括中国、外国的个人之间、组织之间以及个人与组织之间订立的合同；②合同的种类，不仅是经济合同、技术合同，而且包括所有当事人设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

这里所说的民事权利义务关系，主要是指财产关系，有关婚姻、收养、监护等身份关系的协议不适用合同法，因此本条第2款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”

2. 合同是平等主体之间订立的民事权利义务关系的协议，属于民事法律关系。不属于民事法律关系的其他活动，不适用合同法。

## 重点法条

第十条 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

第十一条 书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

### 【关联法条】

### 《民通意见》

66. 一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。

## 重点法条

第十二条 合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- （一）当事人的名称或者姓名和住所；
- （二）标的；
- （三）数量；
- （四）质量；
- （五）价款或者报酬；
- （六）履行期限、地点和方式；
- （七）违约责任；
- （八）解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

第六十一条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

第六十二条 当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政





府指导价的，按照规定履行。

(三) 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

(四) 履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

(五) 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

(六) 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第八十八条 合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。

合同中有关质量、期限、地点或者价款约定不明确，按照合同有关条款内容不能确定，当事人又不能通过协商达成协议的，适用下列规定：

(一) 质量要求不明确的，按照国家质量标准履行，没有国家质量标准的，按照通常标准履行。

(二) 履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。

(三) 履行地点不明确，给付货币的，在接受给付一方的所在地履行，其他标的在履行义务一方的所在地履行。

(四) 价款约定不明确的，按照国家规定的价格履行；没有国家规定价格的，参照市场价格或者同类物品的价格或者同类劳务的报酬标准履行。

合同对专利申请权没有约定的，完成发明创造的当事人享有申请权。

合同对科技成果的使用权没有约定的，当事人都有使用的权利。

#### 《民通意见》

105. 依据民法通则第八十八条第二款第(一)项规定，合同对产品质量要求不明确，当事人未能达成协议，又没有国家质量标准的，按部颁标准或者专业标准处理；没有部颁标准或者专业标准的，按经过批准的企业标准处理；没有经过批准的企业标准的，按标的物产地同行业其他企业经过批准的同类产品质量标准处理

### 法条精解

合同的条款是合同中经双方当事人协商一致、规定双方当事人权利义务的具体条文。合同的条款就是合同的内容。合同的权利义务，除法律规定的以外，主要由合同的条款确定。合同的条款是否齐备、准确，决定了合同能否成立、生效以及能否顺利地履行、实现订立合同的目的。合同的条款是非常重要的，所以在此条规定了合同的主要条款。但是，并不是说当事人签订的合同中缺了其中任何一项就会导致合同的不成立或者无效。主要条款的规定只具有提示性与示范性。

合同的主要条款或者合同的内容要由当事人约定，合同一般包括但不限于这些条款。不同的合同，由其类型与性质决定，其主要条款或者必备条款可能是不同的。比如，买卖合同中有价格条款，而在无偿合同如赠与合同中就没有此项。

### 重点法条

第十三条 当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

### 法条精解

合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同本质上是一种合意。使合同得以成立的合意是指当事人对合同必备条款达成一致意见。当事人合意的过程，对合同内容协商一致的过程，就是经过要约、承诺完成的。向对方提出合同条件作出签订合同的意思表示称为“要约”，而另一方如果表示接受就称为“承诺”。一般而言，一方发出要约，另一方作出承诺，合同就成立了。但是，有时要约和承诺往往难以区分。许多合同是经过了一次又一次的讨价还价、反复协商才得以达成。

### 重点法条

第十四条 要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：



(一) 内容具体确定;

(二) 表明经受要约人承诺, 要约人即受该意思表示约束。

## 法条精解

### 1. 关于要约的定义

要约在不同的情况下可以称为“发盘”、“发价”等, 发出要约的人称为要约人, 接收要约的人称为受要约人。

### 2. 要约的构成要件

一项订约的建议要成为一个要约, 要取得法律效力, 必须具备一定的条件。如不具备这些条件, 作为要约在法律上就不能成立。按照大陆法系的合同法理论对要约的解释, 要约成立的要件有四个:

(1) 要约是特定合同当事人的意思表示。发出要约的目的在于订立合同, 要约人必须使接收要约的相对方能够明白是谁发出了要约以便作出承诺。因此, 发出要约的人必须能够确定, 必须能够特定化。

(2) 要约必须向要约人希望与之缔结合同的相对人发出。合同因相对人对于要约的承诺而成立, 所以要约不能对希望与其订立合同的相对人以外的第三人发出。

另外, 要约一般应向特定人发出。因为, 相对人的特定化意味着要约人对谁有资格作为承诺人, 作为合同相对方作出了选择, 这样对方一承诺, 一个合同就成立了。如果相对人不确定, 则作为合同的另一方当事人就是不确定的, 既然不确定, 作出承诺后合同也不一定成立。如果是这种情况, 把一项订约的建议作为一个要约就是不合适的, 只能作为一个要约邀请。

(3) 要约必须具有缔约目的并表明经承诺即受此意思表示的拘束。

(4) 要约的内容必须具备足以使合同成立的主要条件。这要求要约的内容必须是确定的和完整的。所谓确定的是要求要约内容必须明确清楚, 不能模棱两可、产生歧义。所谓完整的是要求要约的内容必须满足构成一个合同所必备的条件, 但并不要求一个要约事无巨细、面面俱到。要约的效力在于, 一经受要约人承诺, 合同即可成立。因此, 如果一个订约的建议含混不清、内容不具备一个合同的最根本的要素, 是不能构成一个要约的。即使受要约人作出承诺, 也会因缺乏合同的主要条件而使合同无法成立。一项要约的内容可以很详细, 也可以较为简明, 一般法律对此并无强制性要求。只要其内容具备使合同成立的基本条件, 就可以作为一项要约。

要约的四个要件中最重要的是两个: 一是内容具体确定; 二是表明经受要约人承诺, 要约人即受该意思表示约束。本条规定了要约的三个要件。至于要约是否必须向特定人发出, 在多数情况下是这样的, 但在某些特殊场合则有例外, 如悬赏广告, 构成要约的商业广告等, 因此, 对该条件未作规定。

## 真题示例

1. (2005-3-1) 教授甲举办学术讲座时, 在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格, 告知有意购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告, 以为签字簿是为签到而设, 遂在上面签名。对乙的行为应如何认定?

- A. 乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示
- B. 乙的行为构成重大误解, 在此基础上成立的买卖合同可撤销
- C. 甲的行为属于要约, 乙的行为属于附条件承诺, 二者之间成立买卖合同, 但需乙最后确认
- D. 乙的行为并非意思表示, 在甲乙之间并未成立买卖合同

答案: D。

解析: 本题考核合同的成立, 意思表示的构成和形式, 以及与重大误解、要约的区别。根据《合同法》第14条规定, 乙没有购买甲新著的意思, 其在门口的签字簿上签名的行为亦不是其购买的意思表示, 故D项正确; A项和C项错误。根据《民通意见》第71条规定, 构成重大误解具备合同已经成立, 且给误解人造成了较大损失的, 本题中, 因乙的行为并不是意思表示, 亦未造成较大损失, 故B项错误。

2. (2005-3-11) 甲公司于6月5日以传真方式向乙公司求购一台机床, 要求“立即回复”。乙公司当日回复“收到传真”。6月10日, 甲公司电话催问, 乙公司表示同意按甲公司报价出售, 要其于6月15日来人签订合同书。6月15日, 甲公司前往签约, 乙公司要求加价, 未获同意, 乙公司遂拒绝签约。对此, 下列哪一种说法是正确的?

- A. 买卖合同于6月5日成立
- B. 买卖合同于6月10日成立



C. 买卖合同于6月15日成立

D. 甲公司有权要求乙公司承担缔约过失责任

答案：D。

解析：合同成立的认定及缔约过失责任的承担。以合同书订立合同，自合同书订立之日起合同成立，故合同尚未成立，只能承担缔约过失责任，乙出尔反尔，故意导致合同不成立，属于恶意磋商。

3. (2007-3-8) 甲公司通过电视发布广告，称其有100辆某型号汽车，每辆价格15万元，广告有效期10天。乙公司于该则广告发布后第5天自带汇票去甲公司买车，但此时车已全部售完，无货可供。下列哪一选项是正确的？

A. 甲构成违约

B. 甲应承担缔约过失责任

C. 甲应承担侵权责任

D. 甲不应承担民事责任

答案：A。

解析：根据《合同法》第14条和第15条规定，甲公司发布的广告内容具体明确，符合要约的规定，视为要约；而乙的行为也构成承诺，因此购车合同成立有效。甲公司无货供应，构成违约。

## 重点法条

第十五条 要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第三条 商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

## 法条精解

### 1. 要约邀请的概念

要约邀请，又称要约引诱，是邀请或者引诱他人向自己发出订立合同的要约的意思表示。《合同法》第15条中规定，“寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请”。但法律有明确规定的仅限于这几种，而且其中的商业广告同时又规定“商业广告的内容符合要约规定的，视为要约”。

### 2. 要约邀请和要约的区别

(1) 要约是当事人自己发出的订立合同的意思表示，而要约邀请则是当事人希望对方当事人向自己发出订立合同的意思表示的一种意思表示。

(2) 受要约邀请而发出要约一方当事人，不能要求邀请方必须接受要约。

(3) 合同的必要条款是否齐备是要约和要约邀请的重大区别。

## 重点法条

第十六条 要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

## 法条精解

### 1. 要约生效的时间

《合同法》采用“到达主义”，要约到达受要约人时生效。所谓“到达”，指要约到达受要约人的控制范围之内，受要约人具有知悉可能性，受要约人是否实际知悉，在所不问。

不同形式的要约，生效时间具有差异：

(1) 对话形式的要约，自受要约人了解时生效。所谓“对话形式”，指相对人可以同步受领的形式。

(2) 非对话形式的要约，自到达受要约人时生效。

(3) 采用数据电文形式进行要约的，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。



## 2. 要约生效后的效力

(1) 对要约人的效力。要约生效后, 要约人不得随意撤销要约或对要约加以限制、变更和扩张。

(2) 对受要约人的效力。要约生效后, 受要约人取得承诺的权利, 承诺与否系由受要约人自由决定。受要约人决定承诺的, 须在要约的存续期间作出承诺, 并确保承诺于要约的存续期间内到达要约人。

## 3. 要约的存续期间

要约的存续期间指要约处于生效状态, 受要约人可作出承诺以使合同成立的期间。承诺须于承诺期间内“到达”要约人, 才具有承诺的效力。

(1) 约定期间。要约单方确定或者缔约当事人事先约定了要约的存续期间的, 以此期间为要约的存续期间。

(2) 法定期间。没有约定要约的存续期间的: ①要约以对话方式作出的, 应当即时作出承诺(除非当事人另有约定)。所谓“即时”, 指尽其客观上可能的迅速而言, 应根据一般交易观念加以确定。②要约以非对话方式作出的, 承诺应当在合理期限内到达。

### 重点法条

第十七条 要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

### 法条精解

要约的撤回是指, 在要约发出之后但在发生法律效力以前, 要约人欲使该要约不发生法律效力而作出的意思表示。

要约得以撤回的原因是, 要约尚未发生法律效力, 所以不会对受要约人产生任何影响, 不会对交易秩序产生任何影响。在此阶段, 应当允许要约人使尚未生效的要约不产生预期的效力。

撤回的条件是, 在要约通知到达受要约人之前或者同时到达受要约人。此时应当认为要约尚未生效。撤销要约的通知后于要约到达的, 不能发生撤回的效力。

### 真题示例

(2002-3-12) 乙公司向甲公司发出要约, 旋又发出一份“要约作废”的函件。甲公司的董事长助理收到乙公司“要约作废”的函件后, 忘了交给董事长。第三天甲公司董事长发函给乙公司, 提出只要将交货日期推迟两个星期, 其他条件都可接受。后甲、乙公司未能缔约, 双方缔约没能成功的原因是什么?

A. 要约已被撤回

B. 要约已被撤销

C. 甲公司对要约作了实质性改变

D. 甲公司承诺超过了有效期间

答案: C。

解析: 根据《合同法》第17条规定, 题中“要约作废”的函件先于要约或同时到达甲公司的可能性不大。因为后发“要约作废”的函件, 依常理“要约作废”的函件不会先于要约到达, 同时题中说甲公司的董事长助理收到乙公司“要约作废”的函件后忘记交给董事长, 而没有说忘记将要约的函件交给董事长, 所以可以推断出“要约作废”的函件没有和要约的函件同时到达。通过这样的分析可以判断更可能的情形是: “要约可以撤销, 撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。”至于第三天甲公司董事长发函给乙公司等等过程, 都发生在乙公司撤销其要约之后, A、B、D项不是双方缔约没能成功的原因。

### 重点法条

第十八条 要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

第十九条 有下列情形之一的, 要约不得撤销:

(一) 要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;

(二) 受要约人有理由认为要约是不可撤销的, 并已经为履行合同作了准备工作。

### 法条精解

#### 1. 要约的撤销的概念

要约的撤销是指, 要约人在要约发生法律效力之后而受要约人承诺之前, 使该要约失去法律效力的意思表示。







## 2. 要约的撤销与要约的撤回的区别

(1) 要约的撤回发生在要约生效之前，而要约的撤销发生在要约生效之后；

(2) 要约的撤回是使一个未发生法律效力的要约不发生法律效力，要约的撤销是使一个已经发生法律效力要约失去法律效力；

(3) 要约撤回的通知只要在要约到达之前或与要约同时到达就发生法律效力，而要约撤销的通知在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。在法律规定的特别情形下，要约是不得撤销的。

## 3. 不可撤销的两个例外

(1) 要约中有不可撤销的表示；

(2) 受要约人有理由认为要约不可撤销并依其信赖行事。

### 重点法条

第二十条 有下列情形之一的，要约失效：

(一) 拒绝要约的通知到达要约人；

(二) 要约人依法撤销要约；

(三) 承诺期限届满，受要约人未作出承诺；

(四) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

### 法条精解

#### 1. 要约失效的概念

要约的失效，也可以称为要约的消灭或者要约的终止，指要约丧失法律效力，要约人与受要约人均不再受其约束。要约人不再承担接受承诺的义务，受要约人亦不再享有通过承诺使合同得以成立的权利。

#### 2. 要约失效的几种情形。

##### (1) 对要约的拒绝

受要约人接到要约后，通知要约人不同意与之签订合同，则拒绝了要约。在拒绝要约的通知到达要约人时，该要约失去法律效力。

##### (2) 要约人撤销要约

要约被撤销当然使要约失效，不再赘述。

##### (3) 受要约人未在承诺期限内承诺

要约中确定了承诺期限的，表明要约人规定了要约发生法律效力的期限，超过这个期限不承诺，要约的效力当然归于消灭。

##### (4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更

受要约人对一项要约的内容作出实质性的变更，为反要约。反要约是否就使原要约失去效力呢？一般的看法是，提出反要约就是对要约的拒绝，使要约失去效力，要约人即不受其要约的拘束。

### 重点法条

第二十一条 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

第二十二条 承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

第二十八条 受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。

第三十条 承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

第三十一条 承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

### 法条精解

#### 1. 承诺的概念

所谓承诺，是指受要约人同意接受要约的全部条件以缔结合同的意思表示。在商业交易中，与“发

盘”、“发价”等相对称，承诺称作“接受”。在一般情况下，承诺作出生效后合同即告成立。

## 2. 承诺的构成要件

(1) 承诺必须由受要约人作出。要约是要约人向特定的受要约人发出的，受要约人是要约人选定的交易相对方，受要约人进行承诺的权利是要约人赋予的，只有受要约人才能取得承诺的能力，受要约人以外的第三人并不享有承诺的权利。因此，第三人进行承诺不是承诺，只能视作对要约人发出了要约。

(2) 承诺须向要约人作出。承诺是对要约的同意，是受要约人与要约人订立合同，当然要向要约人作出。如果承诺不是向要约人作出，则作出的承诺不视为承诺，达不到与要约人订立合同的目的。

(3) 承诺的内容须与要约保持一致。这是承诺最核心的要件，承诺必须是对要约完全的、单纯的同意。因为受要约人如果想与要约人签订合同，必须在内容上与要约的内容一致，否则要约人就可能拒绝要约人而使合同不能成立。如果受要约人在承诺中对要约的内容加以扩张、限制或者变更，便不能构成承诺，而应当视为对要约的拒绝，或视为同时提出了一项新的要约，称为反要约。

(4) 承诺必须在要约的有效期限内作出。如果要约规定了承诺期限，则承诺应在规定的承诺期限内作出，如果要约没有规定承诺期限，则承诺应当在合理的期限内作出。如果要约的承诺期限已过，或者已超过一个合理的时期，则不应再作出承诺。如果承诺期限已过而受要约人还想订立合同，当然也可以发出承诺，但此承诺已不能视为是承诺，只能视为是一项要约。原来的要约人不再受原要约的拘束，他可以不同意受要约人，当然也可以答应，如果答应，是作为受要约人承诺要约人的要约。

## 重点法条

第二十三条 承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

- (一) 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；
- (二) 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

### 【关联法条】

#### 《合同法》

第二十四条 要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

## 法条精解

1. 要约中规定了承诺期限的，承诺必须在要约规定的期限内到达要约人。因为超过承诺期限，则要约失效，在此期限内作出的承诺才是有效的承诺。

2. 要约没有规定承诺期限的，如果是口头要约，则按照一般的法律规定，必须即时承诺才有效。口头发出的要约包括双方面谈提出的要约和在电话交谈中提出的要约，对于这种口头要约，如当时不立即表示接受，则在谈话结束后，该项口头要约即不复存在。

3. 要约没有规定承诺期限，如果要约以非对话方式作出，承诺应当在合理期限内到达。合理期限可分为三段：①要约到达于受要约人的期间；②为承诺所必要的期间；③承诺的通知达到要约人所必要的期间。

## 重点法条

第二十五条 承诺生效时合同成立。

## 法条精解

承诺为意思表示，所以意思表示效力发生之时也就是承诺效力发生之时。合同因对方要约的承诺而成立，所以承诺效力发生之时，就是合同成立之时。承诺生效时合同成立，这是最大量、最普遍的。但合同成立还有其他方式：

1. 交叉要约。交叉要约是指合同当事人采取非直接对话的方式，作出了为订立同一内容合同的要约。如甲对乙作出为订立合同的要约，而乙对甲也作出了同样内容的要约。此时双方的意思表示的内容完全一致，而且双方均有订立合同的意思表示，并且发出要约的时间也几乎在同时。既然双方有相同的意思表示，法律即可推定其必互有承诺的结果，所以认定合同成立。合同成立的时间以后一个要约到达对方当事人时为准。

2. 同时表示。同时表示与交叉要约本质上相同，交叉要约是在非直接对话的方式的情况下发生的，而



同时表示是在对话方式的情况下发生的。指对话的当事人双方毫无先后之别，同时向对方为同一内容的要约的意思表示。

3. 意思实现。意思实现是指按照习惯或事件的性质，不需要承诺通知，或者要约人预先声明承诺无需通知，要约人在相当时间内如有可以推断受要约人有承诺意思的客观事实，则可以据此成立合同。

### 重点法条

第二十六条 承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。

### 法条精解

承诺生效的时间即为合同成立的时间，当事人亦于此时开始享有合同权利、承担合同义务。承诺生效的时间又与合同订立的地点密切相关，与法院管辖的确定以及法律的选择适用密切相关。确定承诺生效的时间非常重要。我们的合同法也采纳了送达主义的做法，规定“承诺通知到达要约人时生效”。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用《合同法》第16条第2款的规定，即：采用数据电文订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。需要说明的是，不采用特定系统发送的传真、电传、电报应当与信件同样看待。

### 重点法条

第二十七条 承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

### 法条精解

承诺的撤回是指，受要约人阻止承诺发生法律效力的意思表示。由于承诺一经送达要约人即发生法律效力，合同即刻成立，所以撤回承诺的通知应当在承诺通知到达之前或者与承诺通知同时到达要约人。如果撤回承诺的通知晚于承诺的通知到达要约人，则承诺已经生效，合同已经成立，受要约人便不能撤回承诺。

### 重点法条

第二十九条 受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

### 法条精解

受要约人在要约的有效期限内发出承诺通知，依通常情形可于有效期限内到达要约人，而因其他原因迟到的，对这样的承诺，如果要约人不愿意接受，即负有对承诺人发迟到通知的义务。要约人及时发出迟到通知后，该迟到的承诺不生效力，合同不成立。如果要约人怠于发迟到通知，则该迟到的承诺视为未迟到的承诺，具有承诺的效力，合同成立。

### 重点法条

第三十二条 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

### 法条精解

1. 采用合同书等书面形式订立合同，由合同双方当事人签字、盖章是我国企业间订立合同的一般方式。我国有关法律、行政法规也有关于签字、盖章的规定。合同法中保留这一我国贸易实践中行之有效的签订书面合同的方式。

2. 除法律、行政法规要求必须签订合同书，当事人要求签订合同书的，一般应当在合同成立之前提出，因在承诺生效之后提出签订合同书的，对方当事人可以拒绝，并且，在承诺生效之后提出签订合同书的，因为合同已经成立，合同书只是作为合同成立的证明，合同并非从签字盖章时成立。



## 重点法条

第三十三条 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

### 法条精解

当事人在合同的订立过程中，常常会提出签订确认书的要求。

这一规定虽然没有明确何时可以提出签订确认书，但不能理解为允许当事人在承诺生效后即合同成立后提出签订确认书的要求，否则，和对要约与承诺的科学严谨的规定是相矛盾的。

因此，本条规定，采用信件、数据电文订立合同的，当事人可以在要约或者承诺中提出签订确认书的要求，合同以最后签订的确认书为成立。一方当事人在承诺生效后（即合同成立后）提出签订确认书的要求，如果对方不同意，不影响已经成立的合同的效力。按照本条规定，在合同成立后，如果一方当事人提出签订确认书的要求，对合同的成立不产生任何影响。

## 重点法条

第三十六条 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

### 法条精解

法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立的合同，当事人应当采用书面形式订立合同。在未采用书面形式之前，应当推定合同不成立。但是，形式不是主要的，重要的在于当事人之间是否真正存在一个合同。如果合同已经得到履行，即使没有以规定或者约定的书面形式订立，合同也应当是成立的。如果合同不违反法律的强制性规定，就是有效的。

## 重点法条

第三十七条 采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

### 法条精解

在合同书中双方当事人的签字盖章是十分重要的，没有双方当事人的签字盖章，就不能最终确认当事人对合同的内容协商一致，也就不能证明合同的成立有效，所以本法第32条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。但是，双方当事人的签字盖章也只是形式问题，实质上应当追求当事人的真实意思。如果一个以合同书形式订立的合同已经履行，而仅仅是没有签字盖章，就认定合同不成立，则违背了当事人的真实意思。当事人既然已经履行，合同当然成立，除非当事人的协议违背法律的强制性规定。

## 重点法条

第三十九条 采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

### 【关联法条】

#### 《合同法解释（二）》

第六条 提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称“采取合理的方式”。

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

第九条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

第十条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规





定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

## 法条精解

### 1. 格式条款的概念

格式条款，又称定式条款，是指当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

### 2. 格式条款具有的特点

(1) 作为要约，其对象具有广泛性。要约向公众发出，任何人只要同意要约的规定就可以签订合同。

(2) 条款具体细致。格式条款往往内容繁复，条款甚多，具体细致。

(3) 条款具有持久性。格式条款一般是经过认真研究拟定的，在一个相当长的时期内不会改变。

(4) 由事业者提出。不论是由事业者自行拟定或由某行业协会拟定，无论以何种形式表现，可以合同书面形式、票证形式或者其他形式，甚至其条款并不在书面形式上记载，但是由事业者一方提出。但如果格式合同是由政府部门拟定的，一般不作为格式条款。

使用格式条款的好处是，简捷、省时、方便、降低交易成本，但其弊端在于，提供商品或者服务的一方往往利用其优势地位，制定有利于自己而不利于交易对方的条款，这一点在消费者作为合同相对方时特别突出。因此，必须在立法上予以限制。合同法本条第1款规定了提供格式条款一方在拟定格式条款以及在订立合同时应当遵循的原则和义务。首先，应当遵循公平的原则确定双方的权利和义务，不能利用自己的优势地位制定对对方当事人不公平的条款。其次，提供格式条款的一方当事人应当采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，并按照对方提出的要求，对该类条款予以说明。

## 重点法条

第四十条 格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

## 法条精解

本条明确规定了格式条款在什么情况下无效。本法第52条是对于无效合同的规定。如果格式条款具有本法第52条规定的情形当然无效。本法第53条是对合同中的免责条款的规定，如果合同中有免除“造成对方人身伤害的”或者“因故意或者重大过失造成对方财产损失的”责任的条款，则该条款无效。如果格式条款具有第53条规定的情形，当然无效。

除了上述两种情况，如果提供格式条款的一方当事人免除其责任、加重对方责任、排除对方当事人的主要权利，则该条款无效。这一规定与第52条、第53条规定的情形一样，是当然无效的条款，即使当事人同意，也不产生效力。

## 真题示例

(2007-3-19) 飞跃公司开发某杀毒软件，在安装程序中作了“本软件可能存在风险，继续安装视为同意自己承担一切风险”的声明。黄某购买正版软件，安装时同意了该声明。该软件误将操作系统视为病毒而删除，导致黄某电脑瘫痪并丢失其所有的文件。下列哪一选项是正确的？

- A. 因黄某同意飞跃公司的免责声明，可免除飞跃公司的赔偿责任
- B. 黄某有权要求飞跃公司承担赔偿责任
- C. 黄某有权依据《消费者权益保护法》获得双倍赔偿
- D. 黄某可同时提起侵权之诉和违约之诉

答案：B。

解析：根据《合同法》第40条规定，飞跃公司在安装程序中作出的“本软件可能存在风险，继续安装视为同意自己承担一切风险”的声明属于无效的格式条款，黄某不受其约束，因此A是错误的，B是正确的。根据《合同法》第113条第2款规定，消费者获得双倍赔偿的前提是经营者存在欺诈行为，而本题中飞跃公司并无欺诈行为，黄某无权获得双倍赔偿，所以C是错误的。该软件质量存在瑕疵，黄某有权提起违约之诉；该软件运行中误将操作系统视为病毒而删除，导致黄某电脑瘫痪并丢失其所有的文件，构成对黄某财产权的侵害，黄某有权提起侵权之诉。但根据《合同法》第122条规定，黄某可以在违约之诉和侵权之诉中选择一个，而不能同时提起，所以D是错误的。本题正确答案是B。



## 重点法条

第四十一条 对格式条款的理解发生争议的,应当按通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

### 【关联法条】

#### 《合同法》

第一百二十五条 当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的,对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的,应当根据合同的目的予以解释。

## 法条精解

本条是对格式条款解释以及格式条款与非格式条款不一致时如何处理的规定。

对格式条款的理解发生争议,对该条款的解释,当然适用本法第125条关于合同解释的规定。但是,在对格式条款的解释上还是适用本条的特别规定。

1. 按通常理解予以解释,是指以该格式条款预定适用的特定或不特定对象的平均的合理的理解来解释合同条款,这对保护采用格式条款订立合同的公民、小企业是有利的。

2. 歧义不利提供者解释规则

有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释,也就是作出有利于其相对方的解释。

3. 非格式条款优先规则

非格式条款一般是在格式条款外另行商定的条款,或对原来的格式条款重新协商修改的条款,是当事人特别约定的,如果与格式条款不一致,当然采用非格式条款。

## 重点法条

第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:

- (一) 假借订立合同,恶意进行磋商;
- (二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- (三) 有其他违背诚实信用原则的行为。

## 法条精解

1. 缔约过失责任的概念

缔约过失责任,是指在合同缔结过程中,当事人一方或者双方因自己的过失而致合同不成立、无效或者被撤销,应对信赖合同为有效成立的相对人赔偿基于此项信赖而发生的损害。

2. 缔约过失责任的构成要件

缔约过失责任的构成要件有四:

- (1) 一方违反先合同义务,致使合同不成立、被撤销、无效。
- (2) 违反先合同义务的一方具有过错。
- (3) 造成另一方信赖利益的损失。包括:①缔约费用及利息;②为准备履行合同所支出的合理费用及利息;③丧失与第三人订立合同的机会所遭受的损失。
- (4) 违反先合同义务的行为与信赖利益的损失之间具有因果关系。

3. 缔约过失的形态

因缔约过失责任是违反诚实信用原则的结果,其形态是不可穷尽的。根据《合同法》第42条、第43条以及学理解释,常见的缔约过失形态有:

(1) 假借订立合同,恶意进行磋商。所谓“假借”,指根本没有与对方订立合同的意图,与对方进行磋商是为了拖延时间或为了使对方丧失商业机会;所谓“恶意”,指假借磋商,而故意给对方造成损害的主观心理状态。

(2) 欺诈、胁迫、乘人之危。在缔约过程中实施欺诈、胁迫、乘人之危的行为,致使合同被撤销的。

(3) 泄露或者不正当使用在缔约过程中知悉的商业秘密。

(4) 其他违反先合同义务的行为:①对合同无效或者被撤销具有过错的。包括《合同法》第52条、第



53 条规定的合同无效、效力待定的合同未被追认、可撤销的合同被撤销、赠与人行使任意撤销权等。②违反强制缔约义务的。例如：末班车的公共汽车司机无故不允许乘客乘坐，致使乘客必须改乘出租车回家的（违反了《合同法》第 289 条）。再如：出租车司机无故拒载的。③无权代理行为未被追认的。④缔约之际因过错违反照顾、保护、通知、协助等义务的。例如：变更缔约地点未及时通知对方，致使合同未成立，且对方因此多支付交通费用的。再如：违反初步协议，缔约当天突然单方面变更合同条款，致使合同未签订的。再如：缔约场所存在安全隐患，造成对方在缔约时遭受人身伤害，合同未成立的。

#### 4. 缔约过失责任的承担

(1) 缔约过失责任的承担以合同不成立、被撤销、无效为前提条件。

(2) 缔约过失责任为过错责任，由有过错的一方赔偿对方信赖利益的损失，使对方的财产状况恢复到缔约之前应有状态。

### 真题示例

1. (2002 - 3 - 58) 甲企业与乙企业就彩电购销协议进行洽谈，其间乙采取了保密措施的市场开发计划被甲得知。甲遂推迟与乙签约，开始有针对性地吸引乙的潜在客户，导致乙的市场份额锐减。下列说法中哪些是正确的？

- A. 甲的行为属于正常的商业竞争行为
- B. 甲的行为违反了先合同义务
- C. 甲的行为侵犯了乙的商业秘密
- D. 甲应承担缔约过失责任

答案：BCD。

解析：本题考缔约过失责任。根据《合同法》第 42 条和第 43 条规定，故选 BCD。

2. (2007 - 3 - 4) 甲公司在与乙公司协商购买某种零件时提出，由于该零件的工艺要求高，只有乙公司先行制造出符合要求的样品后，才能考虑批量购买。乙公司完成样品后，甲公司因经营战略发生重大调整，遂通知乙公司：本公司已不需此种零件，终止谈判。下列哪一选项是正确的？

- A. 甲公司构成违约，应当赔偿乙公司的损失
- B. 甲公司的行为构成缔约过失，应当赔偿乙公司的损失
- C. 甲公司的行为构成侵权行为，应当赔偿乙公司的损失
- D. 甲公司不应赔偿乙公司的任何损失

答案：D。

解析：本题中，因为甲乙两公司没有签订任何有效的合同，所以甲公司的行为不构成违约；另外，甲公司的行为也不构成缔约过失，因此 A 项错误。《合同法》第 42 条规定，甲公司并不存在违背诚实信用原则的行为，不应承担缔约过失责任，因此 B 项错误。甲乙双方处于缔约过程中，双方均不能保证一定会签署合同，甲公司终止谈判并非违法行为，乙公司也应当预见存在对方终止谈判的风险，甲的行为不构成侵权。因此 C 项错误，D 项正确。

### 重点法条

第四十四条 依法成立的合同，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

#### 【关联法条】

#### 《合同法解释（一）》

第九条 依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定的合同应当办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。

合同法第七十七条第二款、第八十七条、第九十六条第二款所列合同变更、转让、解除等情形，依照前款规定处理。

#### 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第六条 当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。

当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同生效条件的，从其约定，但当事人一方已经履行主



要义务，对方接受的除外。

## 法条精解

合同生效是指合同产生法律约束力。

### 1. 合同效力的体现

(1) 在当事人之间产生法律效力。一旦合同成立生效后，当事人应当依合同的规定，享受权利，承担义务。当事人依法受合同的拘束，是合同的对内效力。当事人必须遵循合同的规定，依诚实信用的原则正确、完全地行使权利和履行义务，不得滥用权利，违反义务。在客观情况发生变化时，当事人必须依照法律或者取得对方的同意，才能变更或解除合同。

(2) 合同生效后产生的法律效果还表现在对当事人以外的第三人产生一定的法律拘束力。合同的这一效力表现，称为合同的对外效力。合同一旦生效后，任何单位或个人都不得侵犯当事人的合同权利，不得非法阻挠当事人履行义务。

(3) 合同生效后的法律效果还表现在，当事人违反合同的，将依法承担民事责任，必要时人民法院也可以采取强制措施使当事人依合同的规定承担责任、履行义务，对另一方当事人进行补救。对此本法第七章作了规定。

### 2. 合同生效的要件

《民法通则》第55条规定，民事法律行为应该具备下列条件：①行为人具有相应的民事行为能力；②意思表示真实；③不违反法律或者社会公共利益。这是合同的一般生效要件。

### 3. 合同生效的时间

(1) 依法成立的合同，自成立时生效。也就是说，合同的生效，原则上是与合同的成立一致的，合同成立就产生效力。那么合同何时成立？根据本法第25条的规定：“承诺生效时合同成立。”

(2) 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，自批准、登记时生效。也就是说，某些法律、行政法规规定合同的生效要经过特别程序后才产生法律效力，这是合同生效的特别要件。例如，我国的中外合资经营法、中外合作经营法规定，中外合资经营合同、中外合作经营合同必须经过有关部门的审批后，才具有法律效力。

## 真题示例

(2009-3-91) 甲有一块价值一万元的玉石。甲与乙订立了买卖该玉石的合同，约定价金11 000元。由于乙没有带钱，甲未将该玉石交付与乙，约定三日后乙到甲的住处付钱取玉石。随后甲又向乙提出，再借用玉石把玩几天，乙表示同意。隔天，知情的丙找到甲，提出愿以12 000元购买该玉石，甲同意并当场将玉石交给丙。丙在回家路上遇到债主丁，向丙催要9 000元欠款甚急，丙无奈，将玉石交付与丁抵偿债务。后丁将玉石丢失被戊拾得，戊将其转卖给己。关于乙对该玉石所有权的取得和交付的表述，下列选项正确的是：

- A. 甲、乙的买卖合同生效时，乙直接取得该玉石的所有权
- B. 甲、乙的借用约定生效时，乙取得该玉石的所有权
- C. 由于甲未将玉石交付给乙，所以乙一直未取得该玉石的所有权
- D. 甲通过占有改定的方式将玉石交付给了乙

答案：BD。

解析：本题考查交付方式及其所有权的转移。

根据《合同法》第44条和第133条规定，甲乙之间的买卖合同自签订之日起生效，玉石的所有权自交付时起转移。在合同签订之时因乙没有带钱，甲未将玉石交付与乙，并约定3日后乙到甲的住处付钱取玉石，说明起初约定的交付的时间是合同签订后的第3日。所以，甲乙之间买卖合同生效的时候，玉石的所有权并没有直接转移给乙。因此，A项错误。随后，甲向乙提出借用玉石把玩几天，乙表示同意。此说明甲乙对玉石的交付方式达成了新的约定，即采用占有改定的方式进行交付，拟制交付后出卖人甲仍然占有标的物，但是标的物的所有权转移给乙。所以自该协议达成后乙取得了玉石的所有权，甲仍继续占有该玉石。因此，BD项正确，C项错误。

## 重点法条

第四十五条 当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除





条件的合同，自条件成就时失效。

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

75. 附条件的民事行为，如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认定该民事行为无效。

84. 财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移。

### 法条精解

#### 1. 附条件合同的概念

所谓附条件的合同，是指合同的双方当事人合同中约定某种事实状态，并以其将来发生或者不发生作为合同生效或者不生效的限制条件的合同。

所附条件是指合同当事人自己约定的、未来有可能发生的、用来限定合同效力的某种合法事实。

#### 2. 所附条件的特点

(1) 所附条件是由双方当事人约定的，并且作为合同的一个条款列入合同中。合同双方当事人不得以法定条件作为所附条件。

(2) 条件是将来可能发生的事实。过去的、现存的事实或者将来必定发生的事实或者必定不能发生的事实不能作为所附条件。此外，法律规定的事实也不能作为附条件。

(3) 所附条件是当事人用来限制合同法律效力的附属意思表示。它同当事人约定的所谓供货条件、付款条件是不同的，后者是合同自身内容的一部分，而附条件合同的所附条件只是合同的附属内容。

(4) 所附条件必须是合法的事实。违法的事实不能作为条件。

#### 3. 所附条件的种类

##### (1) 附生效条件的合同

附生效条件的合同（附延缓条件、附停止条件的合同）是指合同中的权利义务虽已确定，但其效力暂时处于停止状态，待条件成就时该合同才发生效力，也就是说合同效力的发生取决于条件是否成就，条件成就时合同生效，条件不成就时合同不生效。如甲乙约定，如甲分到住房就让乙装修队装修。双方的承揽合同的生效就是以甲分到住房为条件的。

##### (2) 附解除条件的合同

附解除条件的合同是指已经发生效力的合同在条件不成就时仍然保持其效力，在条件成就时其效力就消灭而解除合同。如甲乙约定，如果甲的女儿分配到本市工作，就解除双方之间的房屋租赁合同。

由于附条件的合同的生效或者终止的效力取决于所附条件的成就或者不成就（即出现或不出现），并且所附条件事先是不确定的，因此，任何一方均不得以违反诚实信用原则的方法恶意地促成条件的成就或者阻止条件的成就（出现）。因此，本条第2款规定，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。如前例，若乙采取不正当方式阻止甲女儿从外地回来，视为条件已经成就。这样规定，能保护善意当事人的合法权益。

### 真题示例

(2007-3-23) 甲与乙签订协议，约定甲将其房屋赠与乙，乙承担甲生养死葬的义务。后乙拒绝扶养甲，并将房屋擅自用作经营活动，甲遂诉至法院要求乙返还房屋。下列哪一选项是正确的？

A. 该协议是附条件的赠与合同

B. 该协议在甲死亡后发生法律效力

C. 法院应判决乙向甲返还房屋

D. 法院应判决乙取得房屋所有权

答案：C。

解析：根据《合同法》第45条第1款规定，遗赠扶养协议自依法签订时生效，所以不是附条件的赠与合同，A是错误的。遗赠扶养协议具有生前行为和死后行为双重属性，一经有效成立，就对协议双方产生约束力，遗赠方和扶养方都应该承担相应的义务，所以B是错误的。根据《继承法》第21条和《继承法意见》第56条规定，乙无正当理由拒绝履行扶养义务，经过甲诉请，法院应该判决乙返还甲的房屋，答案C



是正确的，D 是错误的。

## 重点法条

第四十六条 当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

76. 附期限的民事法律行为，在所附期限到来时生效或者解除。

## 法条精解

### 1. 附期限合同的概念

所谓附期限的合同，是指附有将来确定到来的期限作为合同的条款，并在该期限到来时合同的效力发生或者终止的合同。所附的期限就是双方当事人约定的将来确定到来的某个时间。

### 2. 附期限合同与附条件合同的区别

附期限合同中的期限的特征在很多方面与附条件合同中的条件是相同的。但是二者也存在区别。在附条件的合同中条件的成就与否是当事人不能预见的，条件可能成就（出现），也可能不成就（不出现），因此，条件是不确定的事实。但是在附期限的合同中，合同的当事人在合同中规定一定的期限，把期限的到来作为合同生效和失效的根据，但期限的到来是当事人所预知的，所以期限是确定的事实。当事人在签订合同时，对于确定的事实只能在合同中附期限，而不能附条件。

### 3. 附期限合同的种类

附期限合同中的附期限可分为生效期限和终止期限。生效期限又可称为始期，是指以其到来使合同发生效力的期限。该期限的作用是延缓合同效力的发生，其作用与附条件合同中的生效条件相当。合同在该期限到来之前，其效力处于停止状态，待期限到来时，合同的效力才发生。终止期限是指以其到来使合同效力消灭的期限。附终止期限合同中的终止期限与附条件合同中的附解除条件的作用相当，故其又称为解除期限。本条规定，附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

附期限合同中的期限可以是一个具体的期日，如某年某月某日，也可以是一个期间。这里需要特别指出的是，附期限合同中的附期限与合同的履行期限是完全不同的两个概念。合同的履行期限仅仅是规定债务人必须履行其义务的时间，法律除了特殊情况外，并没有绝对禁止债务人提前履行，债权人接受履行的，也是正当权利。但是在附生效期限的合同中所附生效期限到来之前，当事人根本没有债务，只有期限到来后合同的债务才产生。

## 重点法条

第四十七条 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

6. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。

## 法条精解

1. 本条将此类合同列入了效力待定合同中，是基于以下几点：

（1）此类合同与无效合同和可撤销合同不同，它并非因为当事人故意违反法律的强制性规定及社会公共利益，也不是因为当事人意思表示不真实而导致合同可撤销，主要是因为当事人缺乏完全的缔约能力和处分能力而造成的。

（2）这类合同可经限制民事行为能力人的法定代理人的承认而生效，这种承认表明限制民事行为能力人所签的合同是符合权利人利益的。

（3）有利于促成交易，也有利于维护相对人的利益。因为相对人与限制民事行为能力人订的合同，总





是希望合同有效，并且通过有效合同的履行使自己获得期待的利益，因此，通过法定代理人的追认使效力待定合同生效，而不是简单地宣告这种合同无效，是符合相对人利益的。

2. 限制民事行为能力人签订的合同要具有效力，一个最重要的条件就是要经过其法定代理人的追认，这种合同一旦经过法定代理人的追认就具有法律效力，在没有经过追认前，该合同虽然成立，但是并没有实际生效。所谓追认，是指法定代理人明确无误地表示同意限制民事行为能力人与他人签订的合同。这种同意是一种单方意思表示，无须合同的相对人同意即可发生效力。这里需要强调的是，法定代理人的追认应当以明示的方式作出，并且应当为合同的相对人所了解，才能产生效力。特别指出的有两点：

(1) 法定代理人以行动自愿履行合同的行为也可视为法定代理人对合同的追认；

(2) 法定代理人的追认必须是无条件的，法定代理人不得对合同的追认附加任何条件，除非合同相对人的同意。

3. 对于限制民事行为能力人签订的合同，并非所有的都必须经过法定代理人的追认。本条规定，限制民事行为能力人签订的纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认就具有法律效力。所谓“纯获利益”在我国一般是指限制民事行为能力人在某合同中只享有权利或者利益，不承担任何义务，如限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬等，对于这些纯获利益的合同，他人不得以行为人的限制民事行为能力为由，主张该合同不具有效力。同时，限制民事行为能力人也可独立订立与其年龄、智力、精神健康相适应的合同，这类合同一般是日常生活方面的合同，如购买书本、乘坐交通工具等；对于不能完全辨认其行为的精神病人在其健康状况允许时，可订立某些合同，而不经法定代理人追认。除此之外，限制民事行为能力人订立的合同就必须经过其法定代理人的同意后才具有法律效力。

(1) 根据本条第2款的规定，合同的相对人可以催告限制民事行为能力人的法定代理人在1个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。所谓“催告”就是指合同的相对人要求法定代理人在一定时间内明确答复是否承认限制民事行为能力人所签订的合同，法定代理人逾期不作表示的，视为法定代理人拒绝追认。设立相对人的催告权，可以避免限制民事行为能力人签订的合同长期处于不确定状态，从而维护相对人的利益。但是相对人的催告应当用明示的方式作出，同时，相对人在催告中一般要设定一个期限，本条规定1个月为限。超过这个期限，法定代理人不作答复的，则视为拒绝追认。

(2) 本条第2款除了规定相对人有催告权外，还规定了相对人有撤销合同的权利。这里的撤销权，是指合同的相对人在法定代理人未追认限制民事行为能力人所签订的合同之前，撤销自己对限制民事行为能力人所作的意思表示。在此类合同中，仅有法定代理人的追认权，而没有相对人的撤销权，那么，相对人在法定代理人作出追认前，就不能根据自己的利益来进行选择，只能被动地依赖法定代理人的追认或者否认，这对相对人是很不公平的。设立相对人的撤销权，正是为了使相对人与法定代理人能有同等的机会来处理这类效力待定合同的效力。但是相对人撤销这类合同必须要满足以下条件：

① 撤销的意思表示必须是在法定代理人追认之前作出，对于法定代理人已经追认的合同，相对人不得撤销。

② 只有善意的相对人才可以作出撤销合同的行为。所谓“善意”，这里是指合同的相对人在签订合同之时并不知道或者也不可能知道对方是限制民事行为能力人。倘若相对人明知对方是限制民事行为能力人而仍然与对方签订合同，那么相对人就没有撤销合同的权利。

③ 相对人作出撤销的意思表示时，应当用通知的方式作出，任何默示的方式都不构成对此类合同的撤销。

## 重点法条

第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

## 法条精解

### 1. 无权代理合同的概念与情形

所谓无权代理合同，就是无代理权人代理他人从事民事行为所签订的合同。根据《民法通则》第66条

的规定，因无权代理而签订的合同有以下三种情形：

(1) 根本没有代理权而签订的合同。

(2) 超越代理权而签订的合同。是指代理人与被代理人之间有代理关系存在，但是代理人超越了被代理人的授权范围与他人签订了合同。

(3) 代理关系终止后签订的合同。这是指行为人与被代理人之间原有代理关系，但是由于代理期限届满、代理事务完成或者被代理人取消委托关系等原因，被代理人与代理人之间的代理关系已不复存在，但原代理人仍以被代理人的名义与他人签订的合同。

2. 对于无权代理人以被代理人名义与他人签订的合同，本法规定的是一种效力待定的合同。将无代理人签订的合同纳入效力待定合同中，是基于以下原因：

(1) 无权代理人签订的合同并非都对本人不利，有些因无权代理而签订的合同对本人可能是有利的；

(2) 从本质上讲无权代理行为也具有某些代理的特性，如无权代理人具有为本人签订合同的意思表示，第三人也有意与本人签订合同，如果本人事后授权也就意味着事后对合同的承认；

(3) 无权代理合同经过事后的追认，可有利于维护交易秩序的稳定和保护合同相对人的利益。

3. 被代理人的追认权的行使

本条第1款规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力。本条的追认，是指被代理人对无权代理行为事后予以承认的一种单方意思表示。被代理人的追认应当以明示的意思表示向相对人作出，如果仅向无代理权人作出意思表示，也必须使相对人知道后才能产生法律效果。一旦被代理人作出追认，因无权代理所订立的合同就从成立时起产生法律效力。追认权是被代理人的一项权利，被代理人既有权作出追认，也可以拒绝追认，如果被代理人明确地表示拒绝追认，那么因无权代理而签订的合同就不能对被代理人产生法律效力，因此而产生的责任就应该由行为人自己承担。

4. 合同相对人的催告权和撤销权

与第47条第2款一样，本条的第2款也规定了合同的相对人享有催告权和撤销权。

所谓催告权，是指合同的相对人催促被代理人在一定期限内明确答复是否承认无权代理合同。催告权的行使一般具有以下要件：

(1) 要求被代理人在一定的期限内作出答复，本条第2款规定的期限为1个月；

(2) 催告应当以明示的方式作出。

(3) 催告的意思必须是向被代理人作出。根据本条的规定，如果被代理人在催告后1个月内未作表示的，则视为拒绝追认。

因无权代理而订立的合同在本人追认之前，处于效力待定状态，为了保护合同相对人的利益，本条还规定，合同的相对人还享有撤销权。这里的撤销权，是指相对人在被代理人未追认合同之前，可撤回其对无权代理人所作的意思表示。被代理人撤销权的行使必须满足以下条件：

(1) 必须在被代理人作出追认之前作出，如果被代理人已经对合同作出追认了，那么合同产生了效力，合同相对人就不能撤销其意思表示了。

(2) 相对人在无权代理人签订合同时必须是有善意的，也即是，相对人在订立时，并不知道对方是无权代理人。如果明知对方是无权代理人而仍与对方签订合同，那么相对人就无权撤销其意思表示。

(3) 撤销应当以通知的方式作出。

## 重点法条

第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

## 法条精解

1. 表见代理的概念

所谓表见代理，是行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后签订了合同，如果相对人有理由相信其有代理权，那么相对人就可以向本人主张该合同的效力，要求本人承担合同中所规定的义务，受合同的约束。本法设立表见代理制度是为保护合同相对人的利益，并维护交易的安全，依诚实信用原则使急于履行其注意义务的本人直接承受行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍为代理行为而签订







的合同的責任。

## 2. 表見代理的特征

表見代理除具备有效代理的表面条件或外部特征外，其成立还应当具备以下几个特别要件：

(1) 客观上须有使相对人相信行为人具有代理权的情形。表見代理中，虽然行为人实质上无代理权，但在客观上，或因有与代理有关的事实和材料，或因其与本人有某些特殊关系，足以使相对人造成错误判断的情形，构成表見代理的客观要件，也是表見代理的基础。

(2) 相对人无过失。即相对人不知也不应知行为人对于所为事项并无代理权，如果相对人明知其无代理权而仍与之签订合同，即明知不当为而为之，则属于故意，不能成立表見代理。如果相对人对于行为人无代理权的事实，稍加注意，进行必要的审查，就能发现其实质为无代理权，但疏于审查或审查不严，导致其轻信，则是由于相对人没有尽到善良管理人的注意义务，也不能成立表見代理。

(3) 本人有过失。若本人无过失仍要求其对于行为人的行为承担法律后果，对其有利时自不必谈，若对其不利时仍要负责，就有悖于过错责任原则，是不公平的，如果对本人过失之有无在所不问，则会导致本人虽尽到了善良管理人的注意义务，而仍要承担不利的法律后果，那么法的预测作用无从体现，最终会出现：善良注意义务之履行与否，并无不同，从而使本人听天由命，疏于管理，给社会经济的发展带来非常消极的影响。

(4) 客观要件与相对人的误信之间有因果关系。即有客观情形导致了相对人误信行为人具有代理权，按照因果关系判断，客观情形足以使相对确信行为人的代理权是无瑕疵的。若虽然行为人具有很多可以证明其代理权的材料，但相对人审查的是并不充分的材料而误信，即显现在外的客观情形并不足以构成其误信的理由时，不构成因果关系，不能成立表見代理。

(5) 本人的过失与客观要件之间有因果关系。即本人的过失导致了客观要件的成立。若客观要件的成立不是由于本人的过失造成的，而是出于其他原因，如：盗用本人印章、介绍信等，均不能成立因果关系，不能构成表見代理。

## 3. 表見代理与狭义的无权代理的区别

(1) 二者的法律效力归属不同。在狭义无权代理情况下，如果没有被代理人的事后追认，被代理人不承担无权代理的法律后果。而在表見代理情况下，法律首先使被代理人承担无权代理的后果，然后，再来处理被代理人与无权代理行为人之间的关系。

(2) 二者构成的主观要件不同。表見代理的构成要求被代理人对此有过错及相对人无过错，二者缺一不可。而在狭义无权代理中，相对人有无过错都可以成立。在被代理人与相对人均有过错时，仍属狭义无权代理。

(3) 追认默示的法律效力不同。一般情况，在狭义无权代理中，相对人向被代理人发出要求其确认代理权的催告，被代理人在合理期间内未作答复，法律则视为被代理人拒绝承认行为人有代理权。而在表見代理中，被代理人对善意无过失相对人要求其确认代理权的催告，在合理期间内未作明确的否认，法律上则视为被代理人默认行为人有代理权。

## 4. 表見代理的法律效力

(1) 表見代理的直接法律后果，就在于使无权代理发生如同有权代理一样的法律效力。即在相对人与被代理人之间产生法律关系，被代理人必须受无权代理人与第三人之间实施的民事行为的约束，承受该行为所设定的权利和义务。被代理人不得以无权代理行为违背自己的意志和利益或过失为由而拒绝承受该行为的后果，也不得以自己没有过错来推卸责任。

(2) 表見代理的另一法律后果就是被代理人损失的赔偿问题。被代理人在向第三人承担责任之后，如果由此遭受损失，则他有权向无权代理人请求赔偿。由于表見代理的成立被代理人往往也有过失，因此，分清被代理人与无权代理人的过错的性质和程度对损失的分担就具有重要意义。如果被代理人与无权代理人双方都有过错，则损失由双方合理分担；如果一方过错重大（如故意），另一方则过错轻微，由过错重大的一方承担大部分赔偿责任，另一方则承担次要责任，如果被代理人的授权范围不清，而代理人以合理方式进行代理活动的，即使其行为不完全符合被代理人的意愿，被代理人也不得向代理人请求赔偿损失，应由被代理人自己承担全部责任。

(3) 第三人可以自由选择主张表見代理或主张狭义的无权代理。如果第三人认为向无权代理人追究责任更为有利，第三人可以抛弃享受表見代理效力的地位，承担无权代理人的行为为狭义无权代理，依民法关于狭义无权代理的规定追究无权代理人的责任。因此，对于第三人而言，存在着主张表見代理和主张狭

义无权代理的选择权，只能选择其一，而不能将两者同时主张。

### 真题示例

(2007-3-3) 甲公司业务经理乙长期在丙餐厅签单招待客户，餐费由公司按月结清。后乙因故辞职，月底餐厅前去结账时，甲公司认为，乙当月的几次用餐都是招待私人朋友，因而拒付乙所签单的餐费。下列哪一选项是正确的？

A. 甲公司应当付款

B. 甲公司应当付款，乙承担连带责任

C. 甲公司有权拒绝付款

D. 甲公司应当承担补充责任

答案：A。

解析：根据《合同法》第49条规定，虽然乙因故辞职，但是因为乙长期在丙餐厅签约招待客户，使丙餐厅有理由相信乙是有代理权的，形成表见代理，所以甲公司应该付款。

### 重点法条

第五十条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

#### 【关联法条】

#### 《合同法解释（一）》

第十条 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

### 法条精解

1. 法定代表人或者其他组织的负责人本身就是法人或者其他组织的组成部分，法定代表人的行为或者其他组织负责人的行为就是法人或者其他组织的行为，因此，他们执行职务的行为所产生的一切后果都应当由法人或者其他组织承担。对于合同的相对人来说，他只认为法定代表人或者其他组织的负责人就是代表法人或者其他组织。他一般并不知道也没有义务知道法定代表人或者其他组织负责人的权限到底有哪些，法人或者其他组织的内部规定也不应对合同的相对人构成约束力，否则，将不利于保护交易的安全，也不利于保护合同相对人的利益，对合同相对人来说也是不公平的。从以往的司法实践来看，由于对大量法定代表人或者其他组织的负责人超越权限而订立的合同作无效处理，严重地损害了合同相对人的利益，助长了一些法人或者其他组织借此逃避责任，谋取非法利益。因此，规定法定代表人或者其他组织的负责人超越权限的行为一般也有效，可以有效地防止此类现象的发生，也符合交易的规则。

2. 特别注意的是，在订立合同的过程中，合同的相对人知道或者应当知道法定代理人或者其他组织的行为是超越了权限，而仍与之订立合同，则具有恶意，那么此时，合同就不具效力。因此，本条规定，法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

### 重点法条

第五十一条 无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

### 法条精解

#### 1. 无权处分合同的概念

无权处分合同是指无处分权的人处分他人财产，并与相对人订立转让财产的合同。其中无权处分人是指没有权利进行处置的权利或者虽对财产拥有所有权，但由于在该财产上负有义务而对此不能进行自由处分的人。

#### 2. 无权处分合同的特点

(1) 无处分权人实施了处分他人财产的行为。这里所说的处分，是指法律意义上的处分，例如财产的转让、财产的赠与、在财产上设定抵押权等行为。财产只能由有处分权的人进行处分，无处分权人对他人财产进行处分是对他人的财产的侵害。即使是对共有财产享有共有权的共有人，也只能依法处分其应有的部分，不能擅自处分共有财产。因为共有财产属于全体共有人所有，某个共有人未经其他共有人同意擅自



处分共有财产，就构成无权处分行为。

(2) 无处分权人处分他人财产而签订的合同必须经过权利人的事后追认或者在合同订立后取得对财产的处分权。这里的权利人，是指对财产享有处分权的人。所谓追认是指权利人事后同意该处分财产行为的意思表示。这种追认可以直接向买受人作出，也可以向处分人作出；可以用口头形式作出，也可以用书面形式作出。不管用何种形式，追认都必须用明显的方式作出，沉默和不作为都不视为追认。追认是一种单方的意思表示，其目的就是使无权处分而订立的合同发生法律效力。在权利人追认前，因无权处分而订立的合同处于效力待定状态，在得到追认以前，买受人可以撤销该合同；在追认以后，则合同将从订立合同时起就产生法律效力，任何一方当事人都可以请求对方履行合同义务。

(3) 如果无处分权人订立合同后取得处分权，该合同仍为有效合同。无权处分的本质是处分人在无权处分的情况下处分他人财产，从而侵害了他人的财产权。如果处分人在合同订立后取得了财产权利或者取得了对财产的处分权，就可以消除无权处分的状态，从而使合同产生效力。

### 真题示例

(2006-3-92) 房地产开发企业甲急欲销售其开发的某住宅区的最后1套别墅，遂打电话向乙、丙、丁发出售房要约，并声明该要约的有效期为1个月。要约发出后第10日，甲与乙签订买卖合同并交付该别墅，乙支付了全部房款，但未办理产权变更登记。第21日，甲与不知情的丙签订买卖合同并办理了产权变更登记。第25日，甲又与不知情的丁签订了买卖合同。第26日，该别墅被意外焚毁。下列关于甲、丁之间买卖合同的何种表述是正确的？

- A. 合同因欺诈而可撤销
- B. 合同因自始履行不能而无效
- C. 合同因无权处分而效力待定
- D. 如果合同被撤销，则甲应向丁承担缔约过错责任

答案：ACD。

解析：我国《合同法》规定因欺诈签订的合同为可撤销的合同，甲对合同被撤销有过错，应当承担缔约过失责任。所以A、D两项是正确的。甲与丙间的买卖合同合法有效，且办理了产权变更登记，所以丙已取得房屋的所有权，甲之后与丁订立买卖合同时不具有处分权，故其与丁之间的合同因无权处分而成为效力待定合同，所以C项是正确的。同时，甲在与丁订立合同时隐瞒了房屋所有权已转移的事实，构成欺诈，所以该合同可撤销，丁撤销合同后可要求甲承担缔约过失责任。

### 重点法条

第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

#### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第五十八条 下列民事行为无效：

- (一) 无民事行为能力人实施的；
- (二) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的；
- (三) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；
- (四) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；
- (五) 违反法律或者社会公共利益的；
- (六) 经济合同违反国家指令性计划的；
- (七) 以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

#### 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第二条 出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是



在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。

第十条 买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。

### 《合同法解释（二）》

第十四条 合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。

第十五条 出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

## 法条精解

### 1. 无效合同的概念

所谓无效合同就是不具有法律约束力和不发生履行效力的合同。一般合同一旦依法成立，就具有法律拘束力，但是无效合同却由于违反法律、行政法规的强制性规定或者损害国家、社会公共利益，因此，即使其成立，也不具有法律拘束力。

### 2. 无效合同一般具有的特征

（1）无效合同是自始无效。所谓自始无效就是无效合同从合同订立时候起就是无效的。一旦无效合同被宣告无效，它的效力就要溯及到合同成立之时，因为合同是自始无效的，所以无效合同不能通过当事人的实际的履行行为而使它有效。

（2）无效合同是当然无效。所谓当然无效就是指在无效合同不经过诉讼程序来解决时，因为它已经明显违反法律法规的强制性规定，所以它也应当是无效的。进入诉讼程序（或者仲裁程序）之后，由于无效合同是当然无效的，即使当事人没有主张无效，那么法院和仲裁机关也可以代表国家或者依职权对无效合同进行干预，而不受不告不理原则的影响。

（3）无效合同的效力是确定的，也就是说无效的状态是明显的，如果对违法的事实没有争议，则这个无效的状态是明确的、肯定的。在这一点上它和未生效、效力待定、可撤销合同都不同。

（4）无效的状态是永久的。也就是说，无效不能因为时间的经过而使无效合同转为有效。无效合同有一个重要规则就是不得履行性。所谓无效合同的不得履行性就是说当事人在缔结无效合同之后，不能够根据合同来继续履行，也不承担违反合同的责任。一个无效的合同不能因为当事人的实际履行而使它有效。

### 3. 合同无效的情形

（1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益。

所谓欺诈，就是故意隐瞒真实情况或者故意告知对方虚假的情况，欺骗对方，诱使对方作出错误的意思表示而与之订立合同。欺诈具有以下构成要件：

① 欺诈一方当事人有欺诈的故意。即欺诈方明知告知对方的情况是虚假的，并且会使对方当事人陷于错误而仍为之。欺诈的故意既包括欺诈人有使自己因此获得利益的目的，也包括使第三人因此获得利益而使对方当事人受到损失。

② 要有欺诈另一方的行为。所谓欺诈行为，是指欺诈方将其欺诈故意表示于外部的行为，欺诈行为既可是积极的行为，也可是消极的行为。

③ 受欺诈方签订合同是由于受欺诈的结果。只有当欺诈行为使他人陷于错误，而他人由于此错误在违背其真实意愿的情况下而与之签订了合同，才能构成受欺诈的合同。

所谓胁迫，是指行为人以将要发生的损害或者以直接实施损害相威胁，使对方当事人产生恐惧而与之订立合同。因胁迫而订立的合同包括两种类型：一种是以将要发生的损害相威胁，而使他人产生恐惧。将要发生的损害可以是涉及生命、身体、财产、名誉、自由、健康等方面的，这种损害必须是相当严重的，足以使被胁迫者感到恐惧。如果一方所进行的将要造成的损害的威胁是根本不存在的、没有任何根据的，或者受胁迫方根本不会相信的，不构成胁迫。另一种情况是行为人实施不法行为，直接给对方当事人造成人为的损害和财产的损害，而迫使对方签订合同。这种直接损害可以是对肉体的直接损害，也可以是对精神的直接损害。因胁迫而订立的合同要具有如下构成要件：

① 胁迫人具有胁迫的故意。即胁迫人明知自己的行为将会对受胁迫方从心理上造成恐惧而故意为之的心理状态，并且胁迫人希望通过胁迫行为使受胁迫者作出的意思表示与胁迫者的意愿一致。

② 胁迫者必须实施了胁迫行为。如胁迫者必须要有以将要有的损害行为或者将对对方施加损害相威胁的行为。如果没有胁迫行为，只具有主观上的故意，不构成胁迫行为。







③ 胁迫行为必须是非法的。胁迫人的胁迫行为是给对方施加一种强制和威胁，但这种威胁必须是没有法律依据的。如果一方有合法的理由对另一方施加压力，则不构成合同中的威胁。

④ 必须要有受胁迫者因胁迫行为而违背自己的真实意思与胁迫者订立的合同。如果受胁迫者虽受到了对方的威胁但不为之所动，没有与对方订立合同或者订立合同不是由于对方的胁迫，则也不构成胁迫。

(2) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同。

所谓恶意串通的合同，就是合同的双方当事人非法勾结，为牟取私利，而共同订立的损害国家、集体或者第三人利益的合同。

(3) 以合法形式掩盖非法目的而订立合同。

《民法通则》第58条第(七)项规定，以合法形式掩盖非法目的的民事行为无效。此类合同中，行为人为达到非法目的以迂回的方法避开了法律或者行政法规的强制性规定，所以又称为伪装合同。

(4) 损害社会公共利益的合同。

我国《民法通则》第58条第(五)项确立了社会公共利益的原则。第58条第(五)项规定，违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。损害社会公共利益的合同实质上是违反了社会主义的公共道德。破坏了社会经济秩序和生活秩序。

(5) 违反法律、行政法规的强制性规定的合同。

从本条的规定可知，只有违反了这些法律、行政法规的强制性规定的合同才无效。这是因为法律、行政法规包含强制性规定和任意性规定。强制性规定排除了合同当事人的意思自由，即当事人在合同中不得合意排除法律、行政法规强制性规定的适用，如果当事人约定排除了强制性规定，则构成本项规定的情形；对任意性规定，当事人可以约定排除，如当事人可以约定商品的价格。法律、行政法规的强制性规定与法律、行政法规的禁止性规定是不同的。法律、行政法规的强制性规定是指法律、行政法规中的规定人们不得为某些行为或者必须为某些行为，如法律规定当事人订立的合同必须经过有关部门的审批等都属于强制性规定；而法律、行政法规的禁止性规定只是指规定人们不得为某些行为的规定。由此可见，法律、行政法规的强制性规定应当包括法律、行政法规的禁止性规定。

## 重点法条

第五十三条 合同中的下列免责条款无效：

(一) 造成对方人身伤害的；

(二) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

## 法条精解

### 1. 免责条款的概念

合同中的免责条款就是指合同中的双方当事人在合同中约定的，为免除或者限制一方或者双方当事人未来责任的条款。

### 2. 免责条款的特征

免责条款一般有以下特征：

(1) 免责条款具有约定性。无论是普通合同还是格式合同，都是双方当事人依据意思自治的原则协商同意的，合同中约定的免责内容和范围，得到了双方当事人的认可（包括被动或盲目认可），因此具有明显的约定性。

(2) 免责条款具有规定性，即免责条款必须是以明示的方式作出，任何以默示方式作出的免责都是无效的。

(3) 免责条款具有约束性。合同订立后，一旦出现免责条款规定的情形和条件时，即可排除或者限制当事人未来的民事责任（部分或全部责任），这样既约束了享受免责条件一方当事人承担的主要义务，又约束了另一方当事人要求对方履行主要义务的权利。

一般来说，当事人经过充分协商确定的免责条款，只要是完全建立在当事人自愿的基础上，免责条款又不违反社会公共利益，法律是承认免责条款的效力。但是对于严重违反诚实信用原则和社会公共利益的免责条款，法律是禁止的，否则不但将造成免责条款的滥用，而且还会严重损害一方当事人的利益，也不利于保护正常的合同交易。

### 3. 免责条款无效的情形

(1) 造成对方人身伤害的条款无效。对于人身的健康和生命安全，法律是给予特殊保护的，并且从整

体社会利益的角度来考虑,如果允许免除一方当事人对另一方当事人人身伤害的责任,那么就无异于纵容当事人利用合同形式对另一方当事人的生命进行摧残,这与保护公民的人身权利的宪法原则是相违背的。

(2) 因故意或者重大过失给对方造成财产损失的免责条款。我国合同法确立免除故意或者重大过失造成合同一方当事人财产的条款无效,是因为这种条款严重违反了诚实信用原则,如果允许这类条款的存在,就意味着允许一方当事人可能利用这种条款欺骗对方当事人,损害对方当事人的合同权益,这是与合同法的立法目的完全相违背的。对于本项规定需要注意的有两点:

① 对于免除一方当事人因一般过失而给对方当事人造成财产损失责任的条款,可以认定为有效。

② 必须是免除因故意或者重大过失给对方当事人造成财产损失的条款无效。也就是说,对于故意或者重大过失行为必须限于财产损失,如果是免除人身伤害的条款不管是当事人是否有故意或者重大过失,只要是免除对人身伤害责任的条款依据本条第(一)项的规定都应当使之无效。

## 重点法条

第五十四条 下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:

(一) 因重大误解订立的;

(二) 在订立合同时显失公平的。

一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。

## 法条精解

### 1. 可撤销合同的概念

所谓可撤销合同,就是因意思表示不真实,通过有撤销权的当事人行使撤销权,使已经生效的意思表示归于无效的合同。

### 2. 可撤销合同的特点

(1) 可撤销的合同在未被撤销前,是有效的合同。

(2) 可撤销的合同一般是意思表示不真实的合同。无论是在大陆法系还是在英美法系,大多规定意思表示不真实的合同,撤销权人可以请求撤销合同。

(3) 可撤销合同的撤销要由撤销权人通过行使撤销权来实现。

### 3. 可撤销合同与无效合同的区别

可撤销合同与无效合同有相同之处,如合同都会因被确认无效或者被撤销后而使合同自始不具有效力,但是二者是两个不同的概念,区别如下:

(1) 可撤销合同主要是涉及意思不真实的合同,而无效合同主要是违反法律的强制性规定和社会公共利益合同。

(2) 可撤销合同在没有被撤销之前仍然是有效的,而无效合同是自始都不具有效力;可撤销合同中的撤销权是有时间限制的,本法第55条第1款规定,具有撤销权的当事人自合同成立时起1年内具有撤销权。

(3) 可撤销合同中的撤销权人有选择的权利,他可以申请撤销合同,也可以让合同继续有效,他可以申请变更合同,也可以申请撤销合同,而无效合同是当然的无效,当事人无权进行选择。

### 4. 对于可撤销合同规定必须要注意的几点

(1) 可撤销合同中,因重大误解而订立的合同、订立合同时显失公平的,当事人一方有权请求撤销合同,主要是误解方或者受害方有权请求撤销合同;一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危而订立的合同中,则只有受损害方当事人有权请求撤销合同。

(2) 撤销权人有权向人民法院或者仲裁机构申请变更或者撤销。

(3) 在可撤销合同中,具有撤销权的一方当事人并非一定要求撤销合同,他也可以要求对合同进行变更。

### 5. 可撤销的合同的类型

(1) 因重大误解而订立的合同。所谓重大误解,是指误解者作出意思表示时,对涉及合同法律效果的重要事项存在着认识上的显著缺陷,其后果是使误解者的利益受到较大的损失,或者达不到误解者订立合同的目的。



因重大误解而可撤销的合同一般具有以下几个要件：①误解一般是因受害方当事人自己的过失产生的。②必须是要对合同的内容构成重大的误解。也就是说，对于一般的误解而订立合同一般不构成此类合同，这种误解必须是重大的。所谓重大的确定，要分别误解者所误解的不同情况，考虑当事人的状况、活动性质、交易习惯等各方面的因素。③这类合同要能直接影响到当事人所应享有的权利和承担的义务，合同一旦履行就会使误解方的利益受到损害。④重大误解与合同的订立或者合同条件存在因果关系。误解导致了合同的订立，没有这种误解，当事人将不订立合同或者虽订立合同但合同条件将发生重大改变。与合同订立和合同条件无因果关系的误解，不属于重大误解的合同。

根据我国已有的司法实践，重大误解一般包括以下几种情况：①对合同的性质发生误解；②对对方当事人发生的误解；③对标的物种类的误解；④对标的物的质量的误解直接涉及当事人订约的目的或者重大利益的。除此之外，对标的物的数量、履行地点或者履行期限、履行方式发生误解，足以对当事人的利益造成重大损害的，也可认定为重大误解的合同。

(2) 在订立合同时显失公平的。所谓显失公平的合同，就是一方当事人在紧迫或者缺乏经验的情况下订立的使当事人之间享有的权利和承担的义务严重不对等的合同。

显失公平的合同往往是当事人双方权利和义务很不对等，经济利益上严重失衡，违反了公平合理的原则，法律规定显失公平的合同应予撤销，不仅是公平原则的体现，而且切实保障了公平原则的实现；从法律上确认显失公平的合同可撤销，对保证交易的公正性和保护消费者的利益，防止一方当事人利用优势或利用对方没有经验而损害对方的利益都有重要的意义。

显失公平的合同具有以下构成要件：①客观要件，即在客观上当事人之间的利益不平衡。根据显失公平的合同，一方当事人承担更多的义务而享受极少的权利或者在经济利益上遭受重大损失，而另一方则以较少的代价获得了极大的利益。这种不平衡违反了民法通则中的等价公平原则，也违反了当事人的自主自愿。②主观要件，即一方当事人故意利用其优势或者另一方当事人的草率、无经验等订立了合同。因此，在考察是否构成显失公平制度时，就必须把主观要件和客观要件结合起来考虑。

(3) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背对方真实意思的情况下订立的合同

本法第52条已规定因欺诈、胁迫订立的合同无效的问题，这和本条对因欺诈、胁迫订立的合同最大的区别是是否损害了国家利益。损害国家利益的，涉及社会公共秩序，大陆法系一般规定为无效。如果未损害国家利益，受欺诈、胁迫的一方可以自主决定该合同有效或者撤销。适用可撤销合同制度，已经能够充分保护受损害方的利益，也能适应订立合同时各种复杂的情况。

### 真题示例

(2009-3-56) 乙公司以国产牛肉为样品，伪称某国进口牛肉，与甲公司签订了买卖合同，后甲公司得知这一事实。此时恰逢某国流行疯牛病，某国进口牛肉滞销，国产牛肉价格上涨。下列哪些说法是正确的？

- A. 甲公司有权自知道样品为国产牛肉之日起一年内主张撤销该合同
- B. 乙公司有权自合同订立之日起一年内主张撤销该合同
- C. 甲公司有权决定履行该合同，乙公司无权拒绝履行
- D. 在甲公司决定撤销该合同前，乙公司有权按约定向甲公司要求支付货款

答案：ABD。

解析：本题考核合同欺诈的救济。

根据《合同法》第54条第2款和第55条第1项规定，甲乙公司在签订买卖牛肉合同之前，乙公司将国产牛肉伪称为进口牛肉，对甲公司存在欺诈行为，因此，甲乙公司之间的买卖合同属于可变更可撤销的合同。甲公司是受骗方，即《合同法》第54条规定的受损害方，有权主张撤销权。后某国流行疯牛病，导致进口牛肉滞销，国产牛肉价格上涨，乙公司以国产牛肉充进口牛肉，在实际上给乙公司造成了损失，乙公司是经济上的受损害方。因此，也有权主张撤销合同。另外，根据《合同法》第55条的规定，AB项说法正确。甲公司享有撤销权，当然也享有不行使撤销权决定继续履行合同的权力，而本案中，乙公司同样享有撤销权，因此，甲公司单方决定继续履行合同，不一定达到目的，乙公司享有拒绝履行的权利。因此，C项错误。可撤销合同在撤销之前是有效的，甲公司在决定撤销该合同之前，乙公司有权要求甲公司按照合同的约定支付货款。因此，D项正确。



第五十五条 有下列情形之一的，撤销权消灭：

- (一) 具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；
- (二) 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

### 【关联法条】

#### 《合同法解释（一）》

第八条 合同法第五十五条规定的“一年”、第七十五条和第一百零四条第二款规定的“五年”为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

#### 《民通意见》

73. 对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更；当事人请求撤销的，人民法院可以酌情予以变更或者撤销。

可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人请求变更或撤销的，人民法院不予保护。

### 法条精解

撤销权是一种权利，具有撤销权的当事人既可以行使撤销权，向人民法院或者仲裁机构请求撤销或者变更该合同，也可以放弃撤销权，不行使该权利。那么在什么情况下，当事人的撤销权消灭？本条规定在以下两种情形下，当事人的撤销权消灭：

#### 1. 具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内没有行使撤销权的

在可撤销合同中，具有撤销权的当事人有权撤销合同，但是当事人的这种撤销权并非没有任何限制的，也就是说，撤销权人必须在规定的期间内行使撤销权。因为，可撤销的合同往往只涉及当事人一方意思表示不真实的问题，如果当事人自愿接受此种合同的后果，则法律就会让此种合同有效。然而，如果撤销权人长期不行使其权利，不主张撤销合同，就会让合同长期处于不稳定的状态，这不利于社会经济秩序的稳定，也不利于加快交易的发展，同时还可能使法院或者仲裁机构在判断是否准予撤销时，由于时间太长无法作出正确的判断。正是基于此种考虑，各国的立法往往都明确规定撤销权必须在规定的期限内行使，如果超过了此期限还不行使，撤销权人就会失去撤销合同的权利，该合同有效。民法通则虽然对可撤销的民事行为作出了规定，但是对撤销的期限并没有作出明确的规定。最高人民法院在《民通意见》第73条对此作了规定，可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过1年当事人请求变更或者撤销的，人民法院不予保护。

本条规定的撤销权人行使撤销权的期限为1年，也就是说在这1年期限内，具有撤销权的当事人必须行使其撤销权，否则，该当事人就失去了撤销合同的权利，那么当事人就必须接受合同的约束，履行合同中规定的义务。对于何时起算该期限，本条规定，当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年为可撤销合同的撤销期限，也就是从当事人知道或者应当知道撤销事由之日起开始计算撤销权的行使期间。

本规定中的“1年”是除斥期间，而不是诉讼时效。也就是说，在此期间内，不存在期间的中断或者中止的问题，这“1年”是一个不变的期间，具有撤销权的当事人不能要求延长该期间。

#### 2. 具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权的

撤销权是具有撤销权的当事人的2种权利，因此当事人可以行使撤销权，也可以放弃撤销权。本条第2项对具有撤销权的当事人放弃撤销权的方式作出了规定，当事人可以以两种方式放弃撤销权：第一种是具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示放弃撤销权。以明示的方式放弃撤销权的行为是很典型的对权利的处分的方式。放弃撤销权的明确表示可以用口头的方法明确表示，也可以是用书面的方法明确表示。任何默示的方式都不构成对撤销权的放弃。第二种是具有撤销权的当事人以自己的行为放弃了撤销权。具有撤销权的当事人在放弃其具有的撤销权时，并不一定要向当事人明确表示，他也可以以自己的行为来放弃该撤销权，如该当事人在合同履行期限到来时，自动履行了合同中规定的义务或者向对方要求合同中规定的债权。还比如具有撤销权的当事人向法院起诉对方当事人违约而不是申请撤销合同等都是对撤销权放弃的行为。当事人以自己的行为表明了其愿意接受合同的约束，放弃了按法律应当享有的撤销权。

具有撤销权的当事人放弃撤销权后，造成的法律效果就是，该撤销权消灭，合同产生绝对的效力，该当事人不得再以相同的理由要求撤销该合同，而应按照合同的规定履行自己的义务，否则就构成违约。





## 重点法条

第五十六条 无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第六十条 民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。

## 法条精解

合同被确认无效或者被撤销后，将导致该合同自始无效。所谓的自始无效，就是指合同被确认无效后，将溯及既往，从合同成立之时就无效。本条的规定与民法通则的规定也是一致的，《民法通则》第58条规定：无效的民事行为，从行为开始时就没有法律约束力。由此可见，被确认无效的合同或者被撤销的合同自始无效，而不是从确认无效时起无效。特别是对无效合同来说，因其内容违反法律和公共利益，当事人即使事后追认，也不能使这些合同生效，更不能产生当事人所预期的法律效果。

根据我国法律的规定，民事行为无效包括部分无效和全部无效两种。《民法通则》第60条规定：“民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。”同样无效的合同也可分部分无效的合同和全部无效的合同。本条对部分无效的合同作了规定。部分无效的合同就是指有些合同条款虽然违反法律规定，但并不影响其他条款效力的合同。

本条规定，合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。这规定包含了以下两层意思：

1. 如果认定合同的某些条款无效，该部分内容与合同的其他内容相比较，应当是相对独立的，该部分与合同的其他部分具有可分性，也就是本条所说的，合同的无效部分不影响其他部分的效力。如果部分无效的条款与其他条款具有不可分性，或者当事人约定某合同条款为合同成立生效的必要条款，那么该合同的部分无效就会导致整个合同的无效，而不能确认该部分无效时，另一部分合同内容又保持其效力。

2. 如果合同的目的是违法的，或者根据交易习惯或者诚实信用和公平原则，剩余部分的合同内容的效力对当事人已没有任何意义或者不公平合理的，合同应全部确认为无效。

## 重点法条

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

## 法条精解

在合同无效或者被撤销的情形下，当事人民事责任的承担。

### 1. 返还财产

返还财产是指合同当事人在合同被确认无效或者被撤销以后，对已交付给对方的财产享有返还请求权，而已接受该财产的当事人则有返还财产的义务。合同无效或者被撤销后，就意味着双方当事人之间没有任何合同关系存在，那么就应该让双方当事人的财产状况恢复到如同没有订立合同时的状态下的情形。而返还财产就是旨在使财产关系恢复到合同订立前的状况。所以不论接受财产的一方是否具有过错，都应当负有返还财产的义务。不过返还财产主要适用于已经作出履行的情况，如果当事人根本就没有开始履行，或者说财产尚未交付，就不应适用返还财产这一原则。

(1) 在无效合同或者被撤销的合同中，返还财产可分为两种情况：

① 单方返还财产。这种情况主要适用于在当事人一方故意违法的情况，即一方故意违法订立合同的行为，其应当将从非故意方取得的财产返还给对方，而非故意的一方已从故意方取得的财产应当上缴国家。除此之外，单方返还还包括以下一种情况，即合同的一方履行了合同，另一方还没有履行，则在合同被确认无效或者被撤销后，只存在单方返还的情形。

② 双方返还财产。这种情况主要是在合同被撤销的情况下，双方当事人对合同被撤销只是由于一方或者双方有过错，而并非合同违法，此时双方均应返还从对方所获得的财产。比如在因重大误解而使合同被撤销情况下，双方当事人均应返还财产。



(2) 对于返还财产这种民事责任, 要注意以下几点:

① 返还财产的范围应以对方交付的财产数额为标准予以确定, 即使当事人所取得的财产已经减少甚至不存在了, 也仍然要承担返还责任。

② 如果当事人接受的财产是实物或者货币时, 原则上应返还原物或者货币, 不能以货币代替实物, 或者以实物代替货币。

③ 如果原物已经毁损灭失, 不能返还原物的, 如果原物是可替代的物, 应以同一种类物返还。

## 2. 折价补偿

本条中规定对于“不能返还或者没有返还的, 应当折价补偿”。本条规定了以返还财产为恢复原状的原则, 但是在有的情况下, 财产是不能返还或者没有必要返还的, 在此种情况下, 为了达到恢复原状的目的, 就应当折价补偿对方当事人。不能返还可分为法律上的不能返还和事实上的不能返还。法律上的不能返还, 主要是受善意取得制度的限制。即当一方将受领的财产转让给第三人, 而第三人取得该项财产时在主观上没有过错, 不知道或者没有责任知道该当事人与另一方当事人的合同无效或者被撤销, 善意第三人就可以不返还该原物, 并且该原物也是不可替代的, 此时, 该当事人就不能返还财产, 他就必须依该物在当时的市价折价补偿给另一方当事人。事实上的不能返还, 主要是指标的物灭失造成不能返还原物, 并且原物又是不可替代的。在这种情况下, 取得该财产的当事人应当依据该原物当时的市价进行折价补偿。没有必要返还的, 主要包括以下两种情况:

(1) 如果当事人接受财产是劳务或者利益, 在性质上不能恢复原状的, 以当时国家规定的价格计算, 以钱款返还; 没有国家规定的价格, 以市场价格或同类劳务的报酬标准计算, 以钱款返还。

(2) 如果一方取得的是使用知识产权而获得的利益, 由于该知识产权是无形的, 则该方当事人可以折价补偿对方当事人。

## 3. 赔偿损失

本条规定“有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失, 双方都有过错的, 应当各自承担相应的责任”。在合同被确认无效或者被撤销后, 一般都会产生损害赔偿的责任。在合同被确认无效或者被撤销后, 凡是因合同的无效或者被撤销而给对方当事人造成的损失, 主观上有故意或者过失的当事人都应当赔偿对方的财产损失。

### 重点法条

第五十九条 当事人恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益的, 因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

### 法条精解

恶意串通是指合同当事人在订立合同过程中, 为牟取不法利益合谋实施的违法行为。恶意串通的合同具有以下两个特征:

1. 当事人双方是出于故意。因恶意串通而成立的合同的当事人都是故意的, 这种故意的本质在于通过损害他人的利益来获取自己的非法利益。当然, 因恶意串通而成立的合同不以行为入已经或必然获得了非法利益为必要条件。

2. 恶意串通的合同是为牟取非法利益。当事人订立恶意串通的合同的目的就是为了取得非法利益。这种非法利益可以有不同的表现形式。恶意串通的合同一般都损害了国家、集体或者第三人的利益, 是情节恶劣的违法行为。由于这种行为是双方相互勾结在一起, 共同损害第三者的利益, 因此, 这种合同在被确认无效后, 在处理上不是一方赔偿另一方的损失或者互相赔偿损失, 而是由有关国家机关依法收缴双方所得的财产, 收归国家所有或者返还集体、第三人。

### 重点法条

第六十条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则, 根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

### 法条精解

诚实信用原则在合同法中居特殊地位, 在合同履行中, 诚信履行亦构成合同履行的基本原则。合同的当事人应当依照诚信原则行使债权, 履行债务。合同的约定符合诚信原则的, 当事人应当严格履行合同,



不得擅自变更或者解除。

诚信履行原则，又导出履行的附随义务。当事人除应当按照合同约定履行自己的义务外。也要履行合同未作约定但依照诚信原则也应当履行的协助、告知、保密、防止损失扩大等义务。

## 重点法条

第六十一条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

### 【关联法条】

#### 《合同法》

第六十二条 当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

## 法条精解

1. 合同的标的、数量是合同的必备条款，需由当事人明确约定。当事人没有约定，或者约定不明确的，合同内容无法确定，合同不成立。

2. 当事人约定了合同的标的、数量，不影响合同成立。对质量、价款、履行地点、履行方式、履行期限、履行费用未作出约定，或者约定不明确，当事人可以协议补充确定。不能达成补充协议的，可以通过合同的有关条款或者交易习惯确定。

3. 本条规定了对质量、价款、履行地点、履行方式、履行期限、履行费用的确定。

当事人在合同中对质量、价款、履行地点、履行方式、履行期限、履行费用未约定，或者约定不明确，既不能通过协商达成补充协议，又不能按照合同的有关条款或者交易习惯确定，可以适用第 62 条规定。

## 重点法条

第六十四条 当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

## 法条精解

### 1. 向第三人履行的合同的概念

向第三人履行的合同，又称利他合同，或者为第三人合同，指双方当事人约定，由债务人向第三人履行债务，第三人直接取得请求权的合同。合同的第三人亦称受益人。

### 2. 向第三人履行的合同的要件

向第三人履行的合同，除应具备债权人与债务人合意等合同成立的一般要件外，还需具备两项特别要件：

（1）债务由债务人向第三人履行，而不是向债权人履行。

（2）不但债权人享有请求债务人向第三人履行的权利，第三人亦直接取得请求债务人履行的权利。第三人未取得请求权，则不是真正的向第三人履行的合同，多是合同履行地点为第三人处。

向第三人履行的合同，其结构是基本合同加第三人约款。



### 3. 向第三人履行合同的权利义务关系

(1) 债权人与债务人订立向第三人履行的合同，债权人可以事先征得第三人的同意，也可以不告知第三人。

(2) 债务人按照合同向第三人履行时，应当通知第三人。第三人受领的，应当做出接受的意思表示。第三人拒绝受领的，债务人应当将不受领的情况通知债权人，并协商解决办法，由此造成的损失由债权人承担。第三人受领迟延的，应当承担迟延受领责任。

(3) 债务人不向第三人履行合同的，债权人按照约定有权请求其向第三人履行，或者向第三人赔偿损失；第三人也有权请求债务人履行，或者赔偿损失。债务人瑕疵履行的，债权人有权请求其向第三人承担瑕疵履行责任，第三人也有权请求债务人承担瑕疵履行责任。

(4) 债务人基于对债权人的抗辩，可用以对抗第三人。例如债务人因债权人原因而产生的同时履行抗辩权、不安抗辩权，可以对抗第三人，不向其履行。

(5) 债权人与债务人订立向第三人履行的合同后，在第三人未表示受领前，利益乃尚未臻确定，故债权人与债务人可以变更或者解除合同。第三人表示受领后，利益业已确定，不容剥夺，债权人与债务人不得变更第三人的约款或者解除合同。

(6) 在向第三人履行中，第三人对债务人虽取得债权人的地位，可以行使一般债权，但由于其不是合同当事人，合同本身的权利，如解除权、撤销权，第三人不得行使。

## 重点法条

第六十五条 当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

## 法条精解

### 1. 由第三人履行的合同的概念

由第三人履行的合同，又称第三人负担的合同，指双方当事人约定债务由第三人履行的合同。

### 2. 由第三人履行的合同的特征

(1) 保证合同也可以发生由第三人履行的法律事实，但与由第三人履行的合同不同。保证合同是从合同，保证人需承担连带责任。由第三人履行的合同非从合同，第三人不是债务人，其只实施履行行为，不承担违约责任。

(2) 第三人负担的合同以第三人的履行行为为标的，故双方签订由第三人履行的合同，债务人事先应当征得第三人的同意。债务人未征询第三人意见而签订合同，事后征得第三人同意的，第三人也应向债权人履行。

(3) 由第三人履行的合同以债权人、债务人为合同双方当事人，第三人不是合同的当事人。第三人只负担向债权人履行，不承担合同责任。第三人同意履行后又反悔的，或者债务人事后征询第三人意见，第三人不同意向债权人履行的，或者第三人向债权人瑕疵履行的，违约责任均由债务人承担。第三人不履行的，债务人可以代第三人履行；债务人不代为履行，应当赔偿损失。第三人瑕疵履行的，瑕疵责任由债务人承担。

## 真题示例

(2004-3-12) 甲、乙双方约定，由丙每月代乙向甲偿还债务 500 元，期限 2 年。丙履行 5 个月后，以自己并不对甲负有债务为由拒绝继续履行。甲遂向法院起诉，要求乙、丙承担违约责任。法院应如何处理？

A. 判决乙承担违约责任

B. 判决丙承担违约责任

C. 判决乙、丙连带承担违约责任

D. 判决乙、丙分担违约责任

答案：A。

解析：根据《合同法》第 65 条规定，代为清偿人丙不履行或者履行不合格，应仍由债务人乙对债权人甲负违约责任。故 A 项正确。

## 重点法条

第六十六条 当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。





### 1. 同时履行抗辩权的概念

同时履行抗辩权，是指在双务合同中应当同时履行的一方当事人有证据证明另一方当事人在同时履行的时间不能履行或者不能适当履行，到履行期时其享有不履行或者部分履行的权利。

### 2. 同时履行抗辩权的发生条件

同时履行抗辩权的发生，需具备以下条件：

(1) 需基于同一双务合同。

(2) 该合同需由双方当事人同时履行。同时履行指双方当事人在同一时间同时相互对待给付。双务合同的当事人之间可以直接约定双方同时履行合同，或者不能确立谁先履行合同，双方当事人可以同时履行。

(3) 一方当事人有证据证明同时履行的对方当事人不能履行合同或者不能适当履行合同。

具备上述条件，发生同时履行抗辩权，即已到履行期的一方当事人享有不履行或者部分履行的权利。

### 3. 同时履行抗辩权的适用

同时履行抗辩权可适用于以下情形：

(1) 一方当事人有证据证明对方当事人在同时履行的时间不能履行义务，到同时履行的时间该当事人享有不履行合同的义务。例如，卖方在同时履行的日期根本无法供货，买方在同时履行的日期有权不付款。

(2) 一方当事人有证据证明对方当事人在同时履行的时间只能部分履行，该当事人有权就其不能履行部分拒绝给付，只为相应给付。例如1万吨大米的买卖合同，卖方只有8000吨大米，尚缺2000吨，买方应当在同时履行日期支付8000吨大米的价金，有权不履行2000吨大米的价金。

### 4. 同时履行抗辩权的效力

同时履行抗辩权属延期的抗辩权，只是暂时阻止对方当事人请求权的行使，非永久的抗辩权。对方当事人完全履行了合同义务，同时履行抗辩权消灭，当事人应当履行自己的义务。当事人行使同时履行抗辩权致使合同迟延履行，迟延履行责任由对方当事人承担。

## 真题示例

1. (2005-3-6) 甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度，离去时拒付餐费，乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣，乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的行为应如何定性？

- A. 是行使同时履行抗辩权
- B. 是行使不安抗辩权
- C. 是自助行为
- D. 是侵权行为

答案：C。

解析：根据《合同法》第66条规定，甲未付餐费，乙拒绝交还其外衣不属于同一债务，故A项定性错误。根据《合同法》第68条和第69条规定，甲未付餐费，乙拒绝交还其外衣不属于统一债务且不符合不安抗辩权的适用条件，故B项定性错误。自助行为是指权利人为保护自己的权利。在事情紧迫而又不能及时请求国家机关予以救助的情况下，对他人财产或人身施加的为法律或社会公德所认可的强制行为。自助行为与侵权行为有着本质的区别，侵权行为所侵犯的是他人财产和合法利益，依法应当承担法律责任。而自助行为则为法律或社会公德多允许，并不构成侵权。据此，C项定性正确；D项定性错误。

2. (2008-3-57) 某热电厂从某煤矿购煤200吨，约定交货期限为2007年9月30日，付款期限为2007年10月31日。9月底，煤矿交付200吨煤，热电厂经检验发现煤的含硫量远远超过约定标准，根据政府规定不能在该厂区燃烧。基于上述情况，热电厂的哪些主张有法律依据？

- A. 行使顺序履行抗辩权
- B. 要求煤矿承担违约责任
- C. 行使不安抗辩权
- D. 解除合同

答案：ABD。

解析：顺序履行抗辩权是指当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行一方未履行之前，后履行一方有权拒绝其履行请求，先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。本题中，煤矿是先履行的一方，煤矿履行的债务不符合约质量要求，致使热电厂被政府责令不能再燃烧，因此，热电厂可以行使顺序履行抗辩权，A的说法正确，C的说法错误。根据《合同法》第107条规定，B的说法正确。根据《合同法》第94条规定，因为煤矿提供的煤根据政府规定不能在该厂区燃烧，热电厂订立购煤合同的目的无法实现，热电厂有权解除合同，D的说法正确。



## 重点法条

第六十七条 当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

### 法条精解

#### 1. 后履行抗辩权的概念

后履行抗辩权，是指在双务合同中应当先履行的一方当事人未履行或者不适当履行，到履行期限的对方当事人享有不履行、部分履行的权利。

#### 2. 后履行抗辩权的发生条件

后履行抗辩权的发生，需具备以下条件：

(1) 需基于同一双务合同。双方当事人因同一合同互负债务，在履行上存在关联性，形成对价关系。单务合同无对价关系，不发生后履行抗辩权。如果当事人互负的债务不是基于同一双务合同，亦不发生后履行抗辩权。

(2) 该合同需由一方当事人先为履行。

在双务合同中，双方当事人的履行，多是有先后的。这种履行顺序的确立，或依法律规定，或按当事人约定，或按交易习惯。

(3) 应当先履行的当事人不履行合同或者不适当履行合同。

具备上述条件，发生后履行抗辩权，即没有先履行义务但已到履行期的对方当事人享有不履行或者部分履行的权利。应当先履行合同的当事人不能行使后履行抗辩权。

#### 3. 后履行抗辩权的适用

后履行抗辩权可适用于以下情形：

(1) 应当先履行的当事人不履行义务，已到履行期的应当后履行的对方当事人享有不履行合同的权利。

(2) 应当先履行的当事人不适当履行合同造成根本违约，对方当事人享有不履行的权利。

(3) 应当先履行的当事人不适当履行构成部分履行，对方当事人有权就未履行部分拒绝给付，只对其相应给付。

#### 4. 后履行抗辩权的效力

后履行抗辩权属延期的抗辩权，只是暂时阻止对方当事人请求权的行使，非永久的抗辩权。对方当事人完全履行了合同义务，后履行抗辩权消灭，当事人应当履行自己的义务。当事人行使后履行抗辩权致使合同迟延履行，迟延履行责任应由对方当事人承担。

## 重点法条

第六十八条 应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- (一) 经营状况严重恶化；
- (二) 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- (三) 丧失商业信誉；
- (四) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

第六十九条 当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

### 法条精解

#### 1. 不安抗辩权的概念

不安抗辩权，又称先履行抗辩权，指双务合同成立后，应当先履行的当事人有证据证明对方不能履行义务，或者有不能履行合同义务的可能时，在对方没有履行或者提供担保之前，有权中止履行合同义务。在双务合同中，应当先履行的当事人没有后履行抗辩权，故法律设立不安抗辩权，使其在对方无力履行的情况下享有拒绝履行合同义务的权利。





## 2. 不安抗辩权的发生的条件

不安抗辩权的适用条件有：

(1) 因同一双务合同互负债务，且两债务间具有对价关系。不安抗辩权与同时履行抗辩权一样，均只能发生于双务合同。因此，单务合同以及不完全的双务合同均不能产生不安抗辩权。

(2) 不安抗辩权适用的双务合同属于异时履行。异时履行是指双方履行存在的时间顺序，即一方先履行，另一方后履行。根据我国合同法规定，对一些买卖合同，除法律有特别规定外，一般采用同时履行主义。而对于以下合同，我国合同法规定，除当事人有特别规定外，应采用异时履行主义，这些合同包括租赁、承揽、保管、仓储、委托、行纪、居间等。

(3) 先履行方债务已届清偿期。如果履行期未届至，先履行方只能暂时停止履行的准备，无从停止履行。

(4) 先履行方有确切证据证明后履行方于合同成立后丧失或可能丧失履行能力。它包括三个要素：

① 后履行方丧失或可能丧失能力。根据我国合同法的规定，后履行方丧失或可能丧失履行能力的原因有：财产显著减少。包括经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金以逃避债务；丧失商业信誉；提供劳务或完成工作的合同中，债务人丧失劳动能力；给付特定物的债务中，该特定物丧失；其他情形。

② 后履行方丧失或可能丧失履行能力发生于合同成立之后。

③ 先履行方对事实负有举证责任。先履行方主张不安抗辩权，必须有对方丧失或可能丧失履行债务能力的确切证据，而不能凭自己的主观猜测。否则，将会因擅自中止合同履行而承担违约责任，从而使自己处于极为不利的地位。

具备上述情形，不安抗辩权发生，应当先履行合同义务的当事人可以中止合同的履行。

## 3. 不安抗辩权的行使

本条规定了不安抗辩权的行使。

行使不安抗辩权，举证责任在先履行合同义务的当事人，其应当有证据证明对方不能履行合同或者有不能履行合同的可能性。当事人行使不安抗辩权后，应当立即通知对方当事人。不安抗辩权属延期抗辩权，当事人仅是中止合同的履行。倘若对方当事人提供了担保或者做了对待给付，不安抗辩权消灭，当事人应当履行合同。对方当事人的提供担保或者对待给付，履行不安抗辩权的再抗辩权。应当先履行的当事人行使了不安抗辩权，对方当事人既未提供担保，也不能证明自己的履行能力，行使不安抗辩权的当事人有权解除合同。当事人行使不安抗辩权错误的，应当承担违约责任。

### 重点法条

第七十二条 债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。

债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

### 法条精解

本条规定了债权人对债务人部分履行债务的处理。债务人应当按照合同约定履行债务，仅部分履行，则构成违约。债务人先履行部分债务，再履行其余债务的，属合同的变更，由双方当事人协商确定。债务人部分履行债务损害债权人利益的，债权人可以拒绝受领。债务人部分履行债务不损害债权利益的，债权人应当受领。债务人部分履行给债权人增加负担的，费用由债务人承担。

### 重点法条

第七十三条 因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

#### 【关联法条】

#### 《合同法解释（一）》

第十一条 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：

- (一) 债权人对债务人的债权合法；
- (二) 债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；
- (三) 债务人的债权已到期；

(四) 债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

第十二条 合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权,是指基于扶养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

第十三条 合同法第七十三条规定的“债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的”,是指债务人不履行其对债权人的到期债务,又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权,致使债权人的到期债权未能实现。

次债务人(即债务人的债务人)不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的,应当承担举证责任。

第十四条 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的,由被告住所地人民法院管辖。

第十五条 债权人向人民法院起诉债务人以后,又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼,符合本解释第十三条的规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件的,应当立案受理;不符合本解释第十三条规定的,告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。

受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第(五)项的规定中止代位权诉讼。

第十六条 债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼,未将债务人列为第三人的,人民法院可以追加债务人为第三人。

两个或者两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的,人民法院可以合并审理。

第十七条 在代位权诉讼中,债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的,应当提供相应的财产担保。

第十八条 在代位权诉讼中,次债务人对债务人的抗辩,可以向债权人主张。

债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议,经审查异议成立的,人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。

第十九条 在代位权诉讼中,债权人胜诉的,诉讼费由次债务人负担,从实现的债权中优先支付。

第二十条 债权人向次债务人提起代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的,由次债务人向债权人履行清偿义务,债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

第二十一条 在代位权诉讼中,债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的,对超出部分人民法院不予支持。

第二十二条 债务人在代位权诉讼中,对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的,人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院起诉。

债务人的起诉符合法定条件的,人民法院应当受理;受理债务人起诉的人民法院在代位权诉讼裁决发生法律效力以前,应当依法中止。

## 法条精解

### 1. 合同的保全

代位权和撤销权共为合同的保全。保全,又称责任财产的保全,指债权人行使代位权和撤销权,防止债务人的责任财产不当减少,以确保无特别担保的一般债权得以清偿。从保全责任财产的角度,保全属于一般担保的手段。保全责任财产,最终使债权得以保障,从这个意义上来说,保全又为债权的保全。

### 2. 担保的种类

担保分为一般担保和特别担保,债务人以其财产承担债务责任为一般担保,作为一般担保的债务人的财产亦称为责任财产,责任财产的增减与一般债权能否实现攸关。虽然债权人不能支配债务人的财产,倘若债务人任意处分财产,自由地减少责任财产,就会害及一般债权,故法律赋予债权人干预债务人责任财产的权利。当债务人消极地怠于行使权利听任责任财产减少害及债权时,债权人可以行使代位权,维持责任财产。当债务人积极地减少责任财产害及债权时,债权人可以行使撤销权,恢复责任财产。债权人通过行使代位权和撤销权,可以有效防止责任财产的不当减少,使债权得以保全。

### 3. 代位权的概念

代位权指债务人怠于行使权利,债权人为保全债权,以自己的名义向第三人行使债务人现有债权的权利。代位权虽有代位诉权、间接诉权之称,然其仍属债权人的实体权利。因代位权是债权人的权利,故代位权与代理权全然不同。





#### 4. 代位权发生的条件

(1) 需债务人对第三人享有债权, 倘若债务人没有对外的债权, 就无所谓代位权。债务人对第三人的债权尚需是非专属于债务人本身的权利。

(2) 需债务人怠于行使其债权。即债务人应当收取债务, 且能够收取, 而不收取。债务人已经行使了权利, 即使不尽如人意, 债权人也不能行使代位权。

(3) 债务人怠于行使自己的债权, 已害及债权人的债权。债务人怠于行使权利若不害及债权人的债权, 则不发生代位权。

(4) 需债务人已陷于迟延履行。债务人的债务未到履行期和履行期间未届满的, 债权人不能行使代位权。债务履行期间已届满, 债务人陷于迟延履行, 债权人方可行使代位权。但债权人专为保存债务人权利的行为, 如中断时效, 可以不受债务人迟延的限制。

#### 5. 代位权的行使

具备上述条件, 债权人即可行使债务人的权利, 以自己的名义请求第三人向债务人清偿债务。

债权人行使代位权请求清偿的财产额, 应以债务人的债权额和债权人所保全的债权为限, 超越此范围, 债权人不能行使。

债权人有多数人, 一人行使代位权能够保全其他债权人的债权的, 其他债权人不能再就同一债权重复行使代位权。

#### 6. 债权人行使代位权的法律效力

(1) 对第三人的效力。债权人行使代位权, 是代债务人的地位向第三人行使权利, 因此第三人对债务人的抗辩, 如不安抗辩、同时履行抗辩、后履行抗辩、时效届满的抗辩、虚假表示可撤销的抗辩等, 同样可以对抗债权人。

(2) 对债务人的效力。债权人行使代位权且通知债务人后, 债务人的权利并未丧失, 其仍可行使自己的权利, 唯债务人处分权的行使应受限制, 即在不损害债权人利益的情况下可以行使其权利。倘若妨害债权人行使代位权, 如免除第三人的债务, 债务人则不得行使, 否则代位制度形同虚设。债权人行使代位权, 提起代位诉讼, 如果债务人作为具有独立请求权的第三人参加诉讼, 法院的判决自然对其发生效力。如果债务人未参加诉讼, 法院判决的效力亦及于债务人。

(3) 对债权人的效力。债权人行使代位权, 为的是增加债务人的责任财产, 充实债务人一般担保的实力, 第三人偿还的财产为全体债权人的共同担保物, 故行使代位权的债权人不能因此获得优先受偿债权, 而与其他债权人处于同等地位受偿。债权人行使债务人的债权, 基于法定的代位关系, 故行使代位权的费用, 债权人可请求债务人偿还。

### 真题示例

(2007-3-54) 甲公司欠乙公司货款 20 万元已有 10 个月, 其资产已不足偿债。乙公司在追债过程中发现, 甲公司在一年半之前作为保证人向某银行清偿了丙公司的贷款后一直没有向其追偿, 同时还将自己对丁公司享有的 30% 的股权无偿转让给了丙公司。下列哪些选项是错误的?

- A. 乙公司可以对丙公司行使代位权
- B. 若乙公司对丙公司提起代位权诉讼, 法院应当追加甲公司为第三人
- C. 乙公司可以请求法院确认甲、丙之间无偿转让股权的合同无效
- D. 乙公司有权请求法院撤销甲、丙之间无偿转让股权的合同

答案: BCD (当年参考答案为 ABCD)。

解析: 根据《合同法》第 73 条规定, 甲公司帮丙公司清偿贷款后却不积极行使其到期债权, 给债权人乙公司的利益造成损害, 乙公司可以行使代位权, A 的说法正确。根据《合同法解释(一)》第 16 条第 1 款规定, B 是错误的。根据《合同法》第 52 条规定, 甲公司和丙公司没有恶意串通, 所以不可以认定合同无效, C 是错误的。因为债务人甲公司无偿转让股权的行为发生在一年半以前, 那时甲公司尚未对乙公司负债, 所以不属于《合同法》第 74 条规定的行使撤销权的情形, 所以 D 是错误的。

### 重点法条

第七十四条 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产, 对债权人造成损害的, 债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产, 对债权人造成损害, 并且受让人知道该



情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

第七十五条 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

### 【关联法条】

#### 《合同法解释（一）》

第八条 合同法第五十五条规定的“一年”、第七十五条和第一百零四条第二款规定的“五年”为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

第二十三条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

第二十四条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。

第二十五条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼，请求人民法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为，人民法院应当就债权人主张的部分进行审理，依法撤销的，该行为自始无效。

两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。

第二十六条 债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

### 法条精解

#### 1. 撤销权的概念

撤销权又称废罢诉权，是指当债务人放弃对第三人的债权、实施无偿或低价处分财产的行为而有害于债权人的债权时，债权人可以依法请求法院撤销债务人所实施的行为。

#### 2. 撤销权的构成要件

(1) 债权人对债务人享有合法有效的债权。理解时应注意：①债权必须在债务人实施处分行为“之前”就已经有效地存在。②债权人的债权必须合法、有效。③债权人对债务人享有劳务之债的，债权人不得行使撤销权。④债权人对债务人的债权“无需”到期。

(2) 债务人实施了一定的有害于债权的行为。理解时应注意：①债务人在债权成立后实施了法律上处分行为。包括：放弃到期债权；无偿转让财产；以明显不合理的低价转让财产。②债务人处分财产的行为损害了债权。通说采用“债务超过说”，即只要债务人在实施处分财产的行为以后，已不具有足够资产清偿对债权人的债务，即可认为该行为有害于债权。③债务人处分财产的行为与债权受到损害之间具有“因果关系”。也就是说，如果债务人实施处分行为时尚有“足够”的财产清偿债务，后来因为物价上涨、自然灾害等原因导致债务人的财产不足以清偿其债务的，债权人不得行使撤销权。

(3) 债务人与第三人具有恶意。所谓的“恶意”，采用“观念主义”而非“意思主义”予以确定，指只要债务人或者第三人知道其行为将导致债务人责任财产减少，并有害于一般债权人的债权即可，不要求债务人或者第三人明知将损害特定债权人的债权，亦即不要求具有诈害特定债权人的故意。

① 债务人实施无偿处分行为的，推定其具有恶意；债务人实施有偿处分行为的，债权人应当证明债务人具有恶意。

② 债务人实施无偿处分行为时，“无需”第三人具有恶意；债务人以不合理的低价转让财产的，债权人应证明第三人具有恶意。

#### 3. 撤销权的行使

(1) 撤销权的行使方式。撤销权只能由债权人“以自己的名义”向人民法院提起撤销之诉的方式行使。①管辖法院为被告住所地人民法院。②诉讼当事人的结构为：原告：债权人；被告：债务人；无独立请求权的第三人：受益人或受让人。另外需要注意，法院“可以”追加而不是“应当”追加受益人或者受让人为无独立请求权的第三人。

(2) 撤销权的行使范围。根据《合同法》第74条的规定：撤销权的行使范围以债权人的债权数额为限。理解上与代位权的行使范围作同一理解。

(3) 撤销权行使的除斥期间。《合同法》第75条规定，撤销权的除斥期间为1年，自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起开始计算。但是，自债务人的行为发生之日起满5年，债权人没有行使撤销权的，撤销权消灭。





#### 4. 撤销权行使的法律效果

(1) 实体法上的效果。①自人民法院依法撤销债务人的处分行为之日起, 债务人的行为自始无效。②第三人(受益人或者受让人)占有债务人处分的财产的, 构成不当得利。如果债权人的债权已到期, 债权人有权请求第三人向自己清偿。如果有两个以上的债权人取得执行根据, 按照债权比例分配。债权人的债权尚未到期, 可以由法院代为保管。

(2) 诉讼费用的承担。①债权人行使撤销权所支出的诉讼费用、律师代理费、差旅费等必要费用, 由债务人负担; ②第三人有过错的, 应当适当分担。

### 真题示例

1. (2003-3-7) 周某与林某协议离婚时约定, 孩子归女方林某抚养, 周某每年给付 1000 元抚养费。离婚后, 因林某将孩子由姓周改姓林, 周某就停止给付抚养费。因这一年年景不好, 周某就将卖粮仅得的 1000 元捐献给了希望工程, 自己出去打工了。林某能请求法院撤销该赠与吗?

- A. 不能, 因为赠与物已经交付
- B. 不能, 因为是公益性捐赠
- C. 不能, 因为周某处分的是自己的合法财产
- D. 能, 因为周某逃避法定义务进行赠与

答案: D。

解析: 根据《合同法》第 74 条规定, 周某无偿转让财产 1000 元, 而周某有 1000 元的抚养费债务, 他的捐赠行为损害了债权人的利益, 因此林某作为债权人的法定代理人有权请求法院撤销该捐赠行为。

2. (2005-3-9) 甲欠乙 1 万元到期未还。2003 年 4 月, 甲得知乙准备起诉索款, 便将自己价值 3 万元的全部财物以 1 万元卖给了知悉其欠乙款未还的丙, 约定付款期限为 2004 年底。乙于 2003 年 5 月得知这一情况, 于 2004 年 7 月决定向法院提起诉讼。乙提出的下列哪一项诉讼请求能够得到法院支持?

- A. 请求宣告甲与丙的行为无效
- B. 请求法院撤销甲与丙的行为
- C. 请求以自己的名义行使甲对丙的 1 万元债权
- D. 请求丙承担侵权责任

答案: A。

解析: 本题考恶意串通、撤销权。根据《合同法》第 74 条、第 75 条, 第 52 条第 2 项和《合同法解释(一)》第 25 条规定, A 项正确。

### 重点法条

第七十九条 债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人, 但有下列情形之一的除外:

- (一) 根据合同性质不得转让;
- (二) 按照当事人约定不得转让;
- (三) 依照法律规定不得转让。

#### 【关联法条】

《合同法》

第八十七条 法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的, 依照其规定。

### 法条精解

#### 1. 合同权利的转让

合同权利的转让是指不改变合同权利的内容, 由债权人将权利转让给第三人。债权人既可以将合同权利的全部转让, 也可以将合同权利部分转让。合同权利全部转让的, 原合同关系消灭, 产生一个新的合同关系, 受让人取代原债权人的地位, 成为新的债权人。合同权利部分转让的, 受让人作为第三人加入到原合同关系中, 与原债权人共同享有债权。

从鼓励交易, 促进市场经济发展的目的看, 法律应当允许债权人的转让行为。只要不违反法律和社会公德, 债权人可以转让其权利。但是, 为了维护社会公共利益和交易秩序, 平衡合同双方当事人的权益, 法律又应当对权利转让的范围进行一定的限制。

#### 2. 债权人不得转让其权利的情形

(1) 根据合同性质不得转让的权利。根据合同性质不得转让的权利, 主要是指合同是基于特定当事人的身份关系订立的, 合同权利转让给第三人, 会使合同的内容发生变化, 动摇合同订立的基础, 违反了当事人订立合同的目的, 使当事人的合法利益得不到应有的保护。

(2) 按照当事人约定不得转让的权利。当事人在订立合同时可以对权利的转让做出特别的约定,禁止债权人将权利转让给第三人。这种约定只要是当事人真实意思的表示,同时不违反法律禁止性规定,那么对当事人就有法律的效力。债权人应当遵守该约定不得再将权利转让给他人,否则其行为构成违约。但是,合同当事人的这种特别约定,不能对抗善意第三人。

(3) 依照法律规定不得转让的权利。我国一些法律中对某些权利的转让做出了禁止性规定。对于这些规定,当事人应当严格遵守,不得违反法律的规定,擅自转让法律禁止转让的权利。

《合同法》第87条规定,债权人转让权利或者债务人转移义务,法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。如果债权人向批准或者登记机关提出权利转让请求时,批准或者登记机关经审查,未同意其转让的,该合同的权利就属于法律规定不得转让的权利,债权人不得违反法律的规定将权利进行转让。

## 重点法条

第八十条 债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。

债权人转让权利的通知不得撤销,但经受让人同意的除外。

### 【关联法条】

#### 《民法通则》

第九十一条 合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的,应当取得合同另一方的同意,并不得牟利。依照法律规定应当由国家批准的合同,需经原批准机关批准。但是,法律另有规定或者原合同另有约定的除外。

## 法条精解

### 1. 债权转让的概念

债权转让,是合同债权人通过协议将其债权全部或部分转让给第三人的行为。债权让与可分为全部让与和部分让与。债权的全部让与,是指债权人将债权全部转让给第三人,于转让生效后,原债权人退出债权的关系,受让人成为债权人。债权的部分让与是指债权人将债权的一部分转让给第三人,于转让生效后,原债权人并不退出债的关系,而是与受让第三人共同成为债权人。如果转让协议中规定了转让的债权份额,则原债权人与受让第三人按照份额享有债权,成立按份债权;若没有规定让与的债权份额,则原债权人与第三人连带享有债权,成立连带债权。

债权人转让权利是法律赋予其的一项权利,债权人可以在不违反法律和公共利益的基础上处分自己的权利。但是,由于债权人和债务人之间存在合同关系,债权人的转让权利的行为会给债务人的履行造成一定的影响。因此,在债权人的转让权利时给其增加相应的限制,更有利于保护债务人的合法利益。

### 2. 债权让与的要件

(1) 须债权转让人与受让人之间达成合意。

(2) 须有有效债权的存在。

(3) 须所让与的债权具有可让与性。

(4) 需通知债务人。

### 3. 通知的效力

(1) 通知到达债务人时转让行为生效。未经通知,该转让行为对债务人不发生效力。这样规定一方面尊重了债权人对其权利的行使,另一方面也防止债权人滥用权利损害债务人的利益。同时将权利转让生效的决定权交给债权人行使,也符合其权利本身的属性,有利于促进市场经济的发展。

(2) 债务人接到债权人权利转让的通知后,权利转让就生效,随之会引起合同权利和义务关系的一系列变化。原债权人被新的债权人替代或者新债权人的加入使原债权人已不能完全享有原债权。因此,债权人一旦发出转让权利的通知,就意味着合同的权利已归受让人所有或者和受让人分享,债权人不得再对转让的权利进行处置,因此,原债权人无权撤销转让权利的通知。只有在受让人同意的情况下,债权人才能撤销其转让权利的通知。

(3) 应当指出的是,本条关于权利转让的规定是对《民法通则》第91条的规定的进一步具体化。该条规定,合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的,应当取得合同另一方的同意,并不得牟利。该条不仅包括合同权利转让的内容,还包括合同义务转让的情形,所以,规定一方转让时





应当取得另一方的同意。本条仅指债权人转让权利的情形，所以，确定了债权人通知债务人为权利转让生效的条件。

## 重点法条

第八十一条 债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

## 法条精解

从权利是指附随于主权利的权利。担保物权中的抵押权、质权、保证以及附属于主债权的利息等，都属于主权利的从权利。由于从权利是从主权利派生出来的，主权利无效从权利也无效，从权利随主权利的消灭而消灭，所以，从权利不得脱离主权利而单独存在。

根据本条规定，债权人转让主权利时应当将从权利一并转让，受让人在得到权利的同时，也取得与债权人有关的从权利。考虑到有的从权利的设置是针对于债权人自身的，与债权人有不可分离的关系，本条在确立从权利随主权利转让原则的同时，规定专属于债权人自身的从权利不随主权利的转让而转让。

## 重点法条

第八十二条 债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

### 【关联法条】

#### 《合同法解释（一）》

第二十七条 债权人转让合同权利后，债务人与受让人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债权人列为第三人。

## 法条精解

债权人转让合同权利，不需要经债务人同意。债务人接到权利转让通知后，转让行为就生效，权利的受让人成为新的债权人，享有和原债权人同样的权利，债务人向新的债权人履行合同义务。为了保障债权人转让权利的行为不损害债务人的利益，本条规定，债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

债务人接到权利转让通知后，可以行使抗辩权来保护自己的权利。抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由对抗债权人行使请求权的权利。由于债务人的抗辩权是其固有的一项权利，并不随权利的转让而消灭，所以，在权利转让的情况下，债务人可以向作为受让人的新债权人行使该权利。受让人不得以任何理由拒绝债务人权利的行使。

债务人行使的抗辩权包括：同时履行抗辩权、先诉抗辩权、合同撤销的抗辩权、债权已履行完毕的抗辩权、债权无效的抗辩权、诉讼时效已过的抗辩权等。债务人可以行使这些抗辩权对抗债权人的请求权。权利让与后，债务人还可能因某项事实产生新的抗辩权，比如，附解除条件的合同权利转让后，合同规定的解除条件成就时，债务人可以向受让人提出终止合同的抗辩。

## 重点法条

第八十三条 债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

## 法条精解

债权人转让权利不需要经债务人同意，债务人接到债权转让通知时，转让行为就生效。如果债务人对债权人也享有债权，同时该债权已届清偿期，那么，在这种情况下，债务人可以依照法律的规定向受让人行使抵销权。

根据本条规定，债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权的，在两种情况下可以行使抵销权：①债务人的债权先于转让的债权到期。②债务人的债权和转让的债权同时到期，债务人也可以向让与人行使抵销权。债务人行使抵销权时，应当以通知的方式告知受让人，通知自到达受让人时生效。

## 重点法条

第八十四条 债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。



## 1. 合同义务转移的概念

合同义务转移是指债务人经债权人同意,将合同的义务全部或者部分地转让给第三人。正如债权人可以全部或者部分转让权利一样,债务人也可以将合同的义务转移给第三人。转移合同义务是法律赋予债务人的一项权利。但是,债权人和债务人的合同关系是产生在相互了解的基础上,在订立合同时,债权人一般要对债务人的资信情况和偿还能力进行了解,而对于取代债务人或者加入到债务人中的第三人的资信情况及履行债务的能力,债权人不可能完全清楚。所以,如果债务人不经债权人的同意就将债务转让给了第三人,那么,对于债权人来说显然是不公平的,不利于保障债权人合法利益的实现。

## 2. 合同义务转移的两种情况

(1) 合同义务的全部转移,在这种情况下,新的债务人完全取代了旧的债务人,新的债务人负责全面的履行合同义务;

(2) 合同义务的部分转移,即新的债务人加入到原债务中,和原债务人一起向债权人履行义务。债务人不转移的是全部义务还是部分义务,都需要征得债权人同意。未经债权人同意,债务人转移合同义务的行为对债权人不发生效力。债权人有权拒绝第三人向其履行,同时有权要求债务人履行义务并承担不履行或者迟延履行合同的法律责任。转移义务要经过债权人的同意,这也是合同义务转移制度与合同权利转让制度最主要的区别。

## 3. 债务人转移义务与第三人替债务人履行债务的区别

(1) 在债务人转移义务时,债务人应当征得债权人的同意。在第三人替代履行的情况下,债务人同意第三人代替其履行债务即可,不必经债权人的同意。

(2) 在债务人全部转移义务的情况下,债务人全部转移义务后就退出了原合同关系,第三人成为合同新的债务人。在债务人部分转移义务时,第三人加入到原合同关系中,和债务人共同履行义务。第三人替代履行时,第三人并未加入到合同关系中,债权人不能把第三人作为合同的主体,直接要求第三人履行义务。

(3) 在债务人转移义务后,第三人成为合同关系的当事人,如果债务人未能按照合同约定履行,债权人可以直接请求第三人履行义务,而不能再要求原债务人履行。在合同义务部分转移的情况下,债权人可以向债务人和第三人中的任何一方要求履行。在第三人替代履行的情况下,第三人履行有瑕疵的,债权人只能要求债务人承担违约责任,而不能要求第三人承担违约责任。

## 重点法条

第八十五条 债务人转移义务的,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

## 【关联法条】

## 《合同法解释(一)》

第二十八条 经债权人同意,债务人转移合同义务后,受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院,受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的,可以将债务人列为第三人。

## 法条精解

债务人转移义务的,新的债务人取代了原债务人的地位,承担其履行义务的责任。原债务人从合同关系中退出后,其享有的抗辩权由新债务人承受。债务人的抗辩权不因债务的转移而消灭。新债务人享有的抗辩权包括:同时履行抗辩权、先诉抗辩权、合同撤销的抗辩权、债务已履行完毕的抗辩权、债权无效的抗辩权、诉讼时效已过的抗辩权等。

## 真题示例

(2006-3-57) 甲对乙享有 10 万元到期债权,乙对丙也享有 10 万元到期债权,三方书面约定,由丙直接向甲清偿。下列哪些说法是正确的?

- A. 丙可以向甲主张其对乙享有的抗辩权  
C. 若丙不对甲清偿,甲可以要求乙清偿

- B. 丙可以向甲主张乙对甲享有的抗辩权  
D. 若乙对甲清偿,则构成代为清偿

答案: ABD。

解析: 甲乙丙三方的约定实际上是一个经过债权人同意的债务承担协议,即合同义务转移。《合同法》第 85 条规定,债务人转移义务的,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。所以丙可以向甲主张乙对



甲享有的抗辩权，所以 B 项是正确的，同时甲乙丙之间的三方约定也具有债权让与的性质，丙可以向甲主张其对乙享有的抗辩权，所以 A 项是正确的。债务承担之后，原债务人乙就不在原债权债务关系中，若丙不对甲清偿，甲也不能要求乙清偿。如果乙对甲清偿，则构成代为清偿。所以 C 项是错误的，D 项是正确的。因此本题选的正确选项是 ABD。

## 重点法条

第八十六条 债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

## 法条精解

本条是关于债务人转移义务，从债务不得与主债务分离的规定。债务人转移义务的，其从债务随着主债务的转移而转移，新债务人应当承担与主债务有关的从债务。比如，为了实现债权而设定的抵押权、质权等权利以及主债务的利息等从债务，都随着主债务的转移而转移给新的债务人承担。但是，有的从债务是专属于债务人本身的，这些从债务不随主债务的转移而转移。

## 重点法条

第八十八条 当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。  
第八十九条 权利和义务一并转让的，适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定。

### 【关联法条】

### 《合同法解释（一）》

第二十九条 合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让人列为第三人。

## 法条精解

1. 概括转让的概念  
权利和义务一并转让又称为概括转让，是指合同一方当事人将其权利和义务一并转移给第三人，由第三人全部地承受这些权利和义务。权利和义务一并转让不同于权利转让和义务转让，它是合同一方当事人对合同权利和义务的全面处分，其转让的内容实际上包括权利的转让和义务的转移两部分内容。权利义务一并转让的后果，导致原合同关系的消灭，第三人取代了转让方的地位，产生出一种新的合同关系。
2. 概括转让的条件  
根据合同法有关权利转让和义务转移的规定，债权人转让权利应当通知债务人；债务人转移义务的必须经债权人的同意。权利和义务一并转让既包括了权利的转让，又包括义务的转移，所以，合同一方当事人在进行转让前应当取得对方的意见，使对方能根据受让方的具体情况来判断这种转让行为能否对自己的权利造成损害。只有经对方当事人同意，才能将合同的权利和义务一并转让。如果未经对方同意，一方当事人就擅自一并转让权利和义务的，那么其转让行为无效，对方有权就转让行为对自己造成的损害，追究转让方的违约责任。  
权利和义务一并转让只出现在双务合同中。对于当事人只承担义务或者享受权利的单务合同不存在权利和义务一并转让的问题。

## 重点法条

第九十三条 当事人协商一致，可以解除合同。  
当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

## 法条精解

- 根据合同自愿原则，当事人在法律规定范围内享有自愿解除合同的权利。
- 当事人约定解除合同包括两种情况：
1. 协商解除  
协商解除，指合同生效后，未履行或未完全履行之前，当事人以解除合同为目的，经协商一致，订立



一个解除原来合同的协议。

协商解除是双方的法律行为，应当遵循合同订立的程序，即双方当事人应当对解除合同意思表示一致，协议未达成之前，原合同仍然有效。如果协商解除违反了法律规定的合同有效成立的条件，解除合同的协议不能发生法律效力，原有的合同仍要履行。

## 2. 约定解除权

约定解除权，指当事人在合同中约定，合同履行过程中出现某种情况，当事人一方或者双方有解除合同的权利。解除权可以在订立合同约定，也可以在履行合同的过程中约定，可以约定一方享有解除合同的权利，也可以约定双方享有解除合同的权利，当解除合同的条件出现时，享有解除权的当事人可以行使解除权解除合同，而不必再与对方当事人协商。解除权的约定也是一种合同，行使约定的解除权应当以该合同为基础。

## 3. 协商解除与约定解除权的区别

协商解除和约定解除权，虽然都是基于当事人双方的合意，但二者有区别，表现在：

(1) 协商解除是当事人双方根据已经发生的情况，达成解除原合同的协议；而约定解除权是约定将来发生某种情况时，一方或双方享有解除权。

(2) 协商解除不是约定解除权，而是解除现存的关系，并对解除合同后的责任分担、损失分配达成共识；而约定解除权本身不导致合同的解除，只有在约定的解除条件成就时，通过行使解除权方可使合同归于消灭。

(3) 协商解除主要是对双方当事人的权利义务关系重新安排、调整和分配；而约定解除权主要是对当事人提供补救，使其有可能通过行使解除权来维护自己的权益。

由于约定解除也是当事人之间订立的合同，因此，该约定应当符合合同生效的条件，不得违反法律，损害国家利益和社会公共利益，根据法律规定必须经过有关部门批准才能解除的合同，当事人不得按照约定擅自解除。

## 重点法条

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

- (一) 因不可抗力致使不能实现合同目的；
- (二) 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
- (三) 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
- (四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
- (五) 法律规定的其他情形。

## 【关联法条】

### 《合同法》

第一百九十五条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

第二百三十二条 当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。

第二百六十八条 定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

第三百零八条 在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。

第四百一十条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

### 《合同法解释（二）》

第二十六条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。

## 法条精解

### 1. 法定解除的概念

法定解除，指合同生效后，没有履行或者未履行完毕前，当事人在法律规定的解除条件出现时，行使





解除权而使合同关系消灭。

## 2. 法定解除与约定解除的区别

法定解除与约定解除既有区别又有联系。其区别表现在，法定解除是法律直接规定解除合同的条件，当条件具备时，解除权人可直接行使解除权，将合同解除；而约定解除是双方的法律行为，一方的行为不能导致合同解除。其联系表现在：约定解除可以对法定解除作补充。

## 3. 法定解除的情形

(1) 因不可抗力致使不能实现合同的目的。何谓不可抗力，我国《民法通则》第153条规定：不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

不可抗力事件的发生，对履行合同的影响可能有大有小，有时只是暂时影响到合同的履行，可以通过延期履行实现合同的目的，对此不能行使法定解除权。只有不可抗力致使合同目的不能实现时，当事人才可以解除合同。

(2) 因预期违约。因预期违约解除合同，指在合同履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的，对方当事人可以解除合同。预期违约分为明示违约和默示违约。所谓明示违约，指合同履行期到来之前，一方当事人明确肯定地向另一方当事人表示他将不履行合同。所谓默示违约，指合同履行期限到来前，一方当事人有确凿的证据证明另一方当事人在履行期限到来时，将不履行或者不能履行合同，而其又不愿提供必要的履行担保。预期违约，降低了另一方享有的合同权利的价值，如果在一方当事人预期违约的情况下，仍然要求另一方当事人在履行期间届满才能主张补救，将给另一方造成损失。允许受害人解除合同，受害人对于自己尚未履行的合同可以不必履行，有利于保护受害人的合法权益。

(3) 因迟延履行。当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的，对方当事人可以解除合同。迟延履行，指债务人无正当理由，在合同约定的履行期间届满，仍未履行合同债务；或者对于未约定履行期限的合同，债务人在债权人提出履行的催告后仍未履行。债务人迟延履行债务是违反合同约定的行为，但并非就可以因此解除合同。只有符合以下条件，才可以解除合同：①迟延履行主要债务；②经催告后债务人仍然不履行债务。

债务人迟延履行主要债务的，债权人应当定一合理期间，催告债务人履行。该合理期间根据债务履行的难易程度和所需要时间的长短确定，超过该合理期间债务人仍不履行的，表明债务人没有履行合同的诚意，或者根本不可能再履行合同，在此情况下，如果仍要债权人等待履行，不仅对债权人不公平，也会给其造成更大的损失，因此，债权人可以依法解除合同。

(4) 因迟延履行或者有其他违约行为不能实现合同目的。迟延履行不能实现合同目的，指迟延的时间对于债权的实现至关重要，超过了合同约定的期限履行合同，合同目的就将落空。

(5) 法律规定的其他解除情形。除了上述四种法定解除情形，本法还规定了其他解除合同的情形。比如，因行使不安抗辩权而中止履行合同，对方在合理期限内未恢复履行能力，也未提供适当担保的，中止履行的一方可以请求解除合同。

法律规定解除的条件，并不是说具备这些条件，当事人必须解除合同，是否行使解除的权利，应由当事人决定；同时，法定解除条件，也是对任意解除合同的限制，为了鼓励交易，避免资源浪费，合理保护双方当事人的合法权益，非当事人要求，又必须解除的合同，不应解除而应继续履行。

## 真题示例

(2009-3-11) 关于合同解除的表述，下列哪一选项是正确的？

- A. 赠与合同的赠与人享有任意解除权
- B. 承揽合同的承揽人享有任意解除权
- C. 没有约定保管期间的保管合同的保管人享有任意解除权
- D. 居间合同的居间人享有任意解除权

答案：C。

解析：本题考核合同的任意解除权。

根据《合同法》第185条可知，赠与人并非在任何时候都享有任意解除权，而是在赠与财产的权利转移之前可以解除，赠与财产权利转移之后赠与人则无权任意解除赠与。另外，对于救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或经过公证的赠与合同即便是在赠与财产权利转移之前，赠与人也无权任意解除



赠与。因此，A项说法太绝对，不选。根据《合同法》第268条可知，在承揽合同中，享有任意解除权的是定作人，而非承揽人。因此，B项错误。根据《合同法》第376条第2款可知，在没有约定保管期间的保管合同中，保管人享有任意解除权。因此，C项正确。《合同法》没有关于居间合同中的居间人享有任意解除权的规定，因此，D项错误。

## 重点法条

第九十五条 法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

第九十六条 当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

## 法条精解

当事人一方依照本法第93条第2款、第94条规定解除合同，应当遵守下列程序规定：

### 1. 必须具备法定解除合同的条件

《合同法》第93条第2款和第94条对约定解除权和法定解除作了规定，按照这两条规定，具备以下条件，不必经对方当事人同意，只需向对方作出解除合同的意思表示，就可以解除合同：

- (1) 当事人约定的解除合同的条件成就；
- (2) 因不可抗力不能实现合同目的的；
- (3) 在履行期限届满之前，另一方当事人明确表示或者以其行为表明不履行主要义务的；
- (4) 另一方当事人迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的；
- (5) 另一方当事人迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的；
- (6) 法律规定的其他解除情形。

不具备上述条件，一方当事人不能解除合同。

### 2. 行使解除权应当通知对方当事人

当事人一方行使解除权，必然引起合同的权利义务的终止，为了防止一方当事人因不知道对方已行使合同解除权而仍为履行的行为，从而遭受损害，本条规定，当事人根据约定解除权和法定解除权主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方当事人接到解除合同的通知后，认为不符合约定的或者法律规定的解除合同的条件的，不同意解除合同的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认能否解除合同。

3. 法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记手续的，未办理有关手续，合同不能终止。

## 重点法条

第九十七条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

### 【关联法条】

《民法通则》

第一百一十五条 合同的变更或者解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利。

## 法条精解

### 1. 合同解除的法律后果

我国合同法对合同解除的效力作了比较灵活的规定，即合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

(1) 所谓根据履行情况，指根据履行部分对债权的影响。如果债权人的利益不是必须通过恢复原状才能得到保护，不一定采用恢复原状。当然如果债务人已经履行的部分，对债权人根本无意义，可以请求恢复原状。

(2) 所谓根据合同性质，指根据合同标的的属性。根据合同的属性不可能或者不容易恢复原状的，不必恢复原状。

(3) 所谓恢复原状，指恢复到订约前的状态。恢复原状时，原物存在的，应当返还原物；原物不存在





的,如果原物是种类物,可以用同一种类物返还。恢复原状还包括:返还财产所产生的孳息;支付一方在财产占有期间为维护该财产所花费的必要费用;因返还财产所支出的必要费用。

(4) 其他补救措施,包括请求修理、更换、重作、减价等措施。

## 2. 合同解除与损害赔偿的关系

我国法律承认合同解除与损害赔偿并存。《民法通则》规定:“合同的变更或者解除,不影响当事人要求赔偿损失的权利。”本条规定,合同解除后,有权要求赔偿损失。这样规定的理由是:

(1) 合同解除不溯及既往的,如果只是使未履行的合同不再履行,不得请求赔偿损害,那么一方当事人因另一方当事人不履行合同或者不适当履行合同受到的损害就无法补救。

(2) 合同解除溯及既往的,如果只是恢复原状,那么非违约方订立合同所支出的费用,因相信合同能够履行而作准备所支出的人力、物力,以及为恢复原状而支出的费用就得不到补偿。

(3) 在协议解除合同的情况下,一方当事人因解除合同受了损失,如果获利的一方不赔偿对方当事人因解除合同受到的损害,不符合公平原则。

(4) 在因第三人的过错致使合同不能履行而解除的情况下,债权人不能直接向第三人主张权利,如果债务人不承担解除合同的赔偿责任,他要么不向第三人主张权利以弥补债权人的损失,要么自己独享主张权利后而取得的利益,使债权人的利益得不到保障。因此,合同解除后,确因一方的过错造成另一方损害的,有过错的一方应向受害方赔偿损害,不能因合同解除而免除其应负的赔偿责任。

解除合同后是否都承担损害赔偿赔偿责任,可以分别不同情况:

(1) 协议解除合同的,当事人在协议中免除了对方损害赔偿责任的,协议生效后,不得再请求赔偿。

(2) 因不可抗力解除合同,一般不承担损害赔偿赔偿责任。但在不可抗力发生后,应当采取补救措施减少损失扩大而没有采取的,应对扩大的损失承担赔偿责任。

(3) 一方当事人因他方根本违约或者经催告仍不履行义务而解除合同的,如果解除只向将来发生效力,违约方应当赔偿另一方因违反合同受到的损失;解除如果溯及既往,违约方应当支付受害方因订立合同、准备履行合同和因恢复原状而支出的费用。

## 重点法条

第九十九条 当事人互负到期债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销,但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

当事人主张抵销的,应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

## 法条精解

### 1. 抵销的概念和种类

抵销,指当事人双方互负债务,各以其债权充抵债务的履行。

抵销因其产生的根据不同,可分为法定抵销和协议抵销。法定抵销,指法律规定抵销的条件,具备条件时依当事人一方的意思表示即发生抵销的效力。

### 2. 法定抵销应当具备的条件

(1) 当事人双方互负债务互享债权。抵销发生的基础在于当事人双方既互负债务,又互享债权,只有债务而无债权或者只有债权而无债务,均不发生抵销。

(2) 双方债务均已到期。抵销具有相互清偿的作用,因此只有履行期限届至时,才可以主张抵销,否则,等于强制债务人提前履行债务,牺牲其期限利益。但在特殊情况下,未届清偿期债权可以视为到期债权,依法抵销。

(3) 债务的标的物种类、品质相同。种类相同,指合同标的物本身的性质和特点一致。品质相同,指标的物的质量、规格、等级无差别。债务种类品质不相同,原则上不允许抵销。债务的标的物品质种类相同还表明,用以抵销的债务应当是物而非行为,因为行为具有特定的人身性质,不具有可比性,很难使双方债权在对等额内消灭。

### 3. 不得抵销的情况

当事人双方互负到期债务的,任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销,但下列情况除外:

(1) 依照法律规定不得抵销的。法律规定不得抵销的债务,当事人不得通过协议抵销。

(2) 按照合同的性质不得抵销的。按照合同的性质不得抵销的情形主要有:必须履行的债务不得抵销;

具有特定人身性质或者依赖特定技能完成的债务不得抵销。

#### 4. 抵销权的行使

(1) 当事人主张抵销的,必须以意思表示为之,该意思表示以通知对方时发生法律效力,对方为无行为能力人或者限制行为能力人的,通知到达其法定代理人时发生法律效力。

(2) 抵销不得附条件或附期限。附条件的抵销只有在条件成就时才能实行,而条件有可能不成就。附期限的抵销在期限尚未到来时也不能实现。抵销附条件和附期限,使得抵销不确定,不符合设立抵销制度的目的,并可能损害一方当事人的权利。

(3) 在当事人双方债权债务互为相等的情况下,抵销产生合同关系消灭的法律后果,但如果债务的数额大于抵销额,抵销不能消灭合同关系,而只是在抵销范围内减少债权。

### 真题示例

(2005-3-55) 甲于2月3日向乙借用一台彩电,乙于2月6日向甲借用了一部手机。到期后,甲未向乙归还彩电,乙因此也拒绝向甲归还手机。关于乙的行为,下列哪些说法是错误的?

A. 是行使同时履行抗辩权

B. 是行使不安抗辩权

C. 是行使留置权

D. 是行使抵销权

答案: ABCD。

解析: 根据我国《合同法》和《担保法》,同时履行抗辩权、不安抗辩权、留置权存在于双务合同中,本案属于两个合同关系,故不符合本案的条件。抵销权必须同种债务,而本案中债务的标的物不同。

### 重点法条

第一百条 当事人互负债务,标的物种类、品质不相同的,经双方协商一致,也可以抵销。

### 法条精解

#### 1. 约定抵销的概念

约定抵销,指当事人双方协商一致,使自己的债务与对方的债务在对等额内消灭。

2. 法定抵销与约定抵销都是将双方的债务在对等额内消灭。但两者有不同,主要表现在:

(1) 抵销的根据不同。法定抵销是基于法律规定,只要具备法定条件,任何一方可将自己的债务与对方的债务抵销;约定抵销,双方必须协商一致,不能由单方决定抵销。

(2) 对抵销的债务的要求不同。法定抵销要求标的物的种类、品质相同;约定抵销标的物的种类、品质可以不同。

(3) 对抵销的债务的期限要求不同。法定抵销当事人双方互负的债务必须均已到期;约定抵销,双方互负的债务即使没有到期,只要双方当事人协商一致,愿意在履行期到来前将互负的债务抵销,也可以抵销。

(4) 程序要求不同。法定抵销,当事人主张抵销的应当通知对方,通知未到达对方,抵销行为不生效;约定抵销,双方达成抵销协议时,发生抵销的法律效力,不必履行通知义务。

约定抵销使交易活动更加灵活,对当事人也更为便利,但当事人约定抵销必须坚持自愿、公平的原则,防止以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下作出同意抵销的表示。

### 重点法条

第一百零一条 有下列情形之一,难以履行债务的,债务人可以将标的物提存:

(一) 债权人无正当理由拒绝受领;

(二) 债权人下落不明;

(三) 债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人;

(四) 法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的,债务人依法可以拍卖或者变卖标的物,提存所得的价款。

#### 【关联法条】

#### 《合同法解释(二)》

第二十五条 依照合同法第一百零一条的规定,债务人将合同标的物或者标的物拍卖、变卖所得价款交付提存部门时,人民法院应当认定提存成立。





### 1. 提存的概念

提存，指由于债权人的原因而无法向其交付合同标的物时，债务人将该标的物交给提存机关而消灭债务的制度。

### 2. 提存的条件

(1) 债权人无正当理由拒绝受领。债权人无正当理由拒绝受领，指在合同约定的履行期间，债务人提出履行债务的请求，债权人能够接受履行，却无理由不予受领。

(2) 债权人下落不明。所谓下落不明，指债权人离开自己的住所或者变更住所，在合理期间经多方查找仍无下落。债权人下落不明，债务人无法给付，为消灭债权债务关系，债务人可以将标的物提存。

(3) 债权人死亡或者丧失行为能力而未确定继承人或者监护人。债权人死亡，可以由其继承人享有债权；债权人丧失行为能力应当由其监护人代理行使债权，但是如果债权人的继承人和监护人没有确定，债务就不能因履行而消灭，为此，可以将标的物提存以终止合同。

(4) 法律规定的其他情形。法律对提存问题有规定的，应当依照法律规定。比如，《担保法》第49条规定：抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。第70条规定：质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

具备提存的情形之一的，必须是构成难以履行债务才应当提存。所谓难以履行，指债权人不能受领给付的情形不是暂时的、无法解决的，而是不易克服的。以下情况不能认为是难以履行：①债权人不是拒绝受领而是迟延受领，并且迟延时间不长。②下落不明的债权人有财产代管人可以代为接受履行。③债权人的继承人、监护人很快可以确定。

提存的标的物应当是合同规定应当给付的标的物，主要是货币、有价证券、票据、提单、权利证书、物品。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。所谓标的物不适于提存，指标的物不适于长期保管或者长期保管将损害价值的，比如易腐烂、变质的物品，有危险性的物品等。提存费用过高，一般指提存费与所提存的标的的价额不成比例。标的物不适于提存或者提存费用过高有悖设立提存制度的目的，但不提存，债务人又达不到合同义务消灭的目的，为此，可以依照我国拍卖法等有关规定，拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

## 重点法条

第一百零二条 标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。

## 法条精解

标的物提存后，债务消灭，但债权人还未现实地获得其合同利益。为了便于债权人受领提存物，债务人应当将提存的事实及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。只有债权人下落不明，无法通知的，债务人才可以免除通知义务。通知应当告知提存的标的、提存的地点、领取提存物的时间和方法等有关提存的事项。提存通知的义务，是法律规定的后合同义务，债务人必须履行。

## 重点法条

第一百零三条 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

## 法条精解

### 1. 标的物提存后，不论债权人是否提取，都产生债务消灭的法律后果。

根据法律规定，标的物所有权自标的物交付时起转移。提存视为标的物的交付，因此，自提存之日起，提存物的所有权转移，债权人作为提存标的物的所有者，该标的物上的权利由其享有，义务和风险由其承担。标的物提存后，因不可抗力、标的物的自然变化、第三人的原因或者提存人保管不当，都可能引起标的物的毁损、损失甚至标的物不复存在。标的物毁损灭失的风险由债权人承担，一方面指由债权人承担因



不可抗力、标的物自身性质而产生的毁损、灭失的后果；另一方面指由债权人负责对造成标的物毁损灭失责任的第三人或者提存保管人索赔。

2. 标的物的孳息，指由标的物产生的收益。法定孳息指依法律关系产生的收益，比如金钱所产生的利息，有价证券产生的股息、红利。债权人作为提存物的所有者，对提存物享有收益的权利，因此，提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用包括：公告费，邮费，保管费，评估鉴定费，拍卖变卖费，保险费以及为保管、处理、运输提存标的物所支出的其他费用。作为标的物的所有者，债权人应当支付提存费用，不支付提存费的，提存人有权留置价值相当的提存物。

### 重点法条

第一百零四条 债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

### 法条精解

标的物提存后债务消灭，债权人取得提存物的所有权，他可以随时领取提存物。但是提存仅是消灭债务的措施，在双务合同中，只有合同当事人双方均履行了各自的义务，合同才能终止。有时，债务人虽然将标的物提存，按照合同履行了自己的债务，但与其互负到期债务的债权人并未履行对待给付的义务。为避免先行履行可能发生的风险，保证自己债权的实现，债务人可以对提存部门交付提存物的行为附条件，即只有在债权人履行了对债务人的对待债务，或者为履行提供相应的担保后，才能领取提存物。不符合所附条件的，提存部门应当拒绝债权人领取提存物。这样做的目的，一方面，可以便于提存部门交付提存物前进行审查；另一方面，也是判定提存部门责任的根据。

债权人虽然可以随时领取提存物，但该权利长期不行使，不仅使权利长期处于不稳定状态，也会给提存部门增加负担，同时也不符合物质有效利用的原则。因此，本条规定了领取提存物的时效期间，即债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭。该时效期间是除斥期间，权利因时间的经过不复存在。提存物自提存之日起经过5年，扣除提存费用后归国家所有，债权人不能再对提存物主张权利。

### 真题示例

(2003-3-44) 甲与乙签订销售空调100台的合同，但当甲向乙交付时，乙以空调市场疲软为由，拒绝受领，要求甲返还货款。下列说法哪些是正确的？

- A. 甲可以向有关部门提存这批空调
- B. 空调在向当地公证机关提存后，因遇火灾，烧毁5台，其损失应由甲承担
- C. 提存费用应由乙支付
- D. 若自提存之日起5年内乙不领取空调，则归甲所有

答案：AC。

解析：《合同法》第101条第1款第1项规定，债权人无正当理由拒绝受领的，债务人可以提存。故A正确。依《合同法》第103条、第104条规定，标的物提存使债权得到清偿，标的物所有权转移归于债权人，标的物毁损灭失的风险也转移归于债权人承担，提存费用由债权人负担。故B错误，C正确。但因提存部门过错造成毁损、灭失的，提存部门负有赔偿责任。债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。因此，若自提存之日起5年内乙不领取空调，空调应归国家所有而不是归甲所有。故D错误。

### 重点法条

第一百零五条 债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

### 法条精解

#### 1. 免除的概念

免除，指债权人抛弃债权，从而消灭合同关系及其他债的关系。

从本条规定看，我国合同法规定的免除是单方的法律行为。但合同法也并不排除债权人与债务人订立免除协议，免除债务人的义务。





## 2. 免除的特点

(1) 免除是无因行为。债权人免除债务，不论是为了赠与、和解，还是别的什么原因，这些原因是否成立，都不影响免除的效力。

(2) 免除为无偿行为。免除债务表明债权人放弃债权，不再要求债务人履行义务，因此，债务人不必为免除为相应的对价。

(3) 免除不需要特定的形式。免除债务不必有特定形式，口头、书面，明示、默示都无不可。比如债权人以口头或者书面形式通知债务人不必再履行债务，是以明示方式免除债务。而债权人不对债务人主张债权，超过诉讼时效期间，也产生债务免除的后果。

## 3. 免除的注意事项

(1) 免除是处分债权的行为，作出免除意思表示的债权人必须具有完全民事行为能力，无民事行为能力或者限制民事行为能力人的免除行为除非由法定代理人代理或经法定代理人同意，否则不发生法律效力。

(2) 免除可以附条件或者附期限。

(3) 免除应当通知债务人或者债务人的代理人，向第三人为免除的意思表示不发生法律效力。免除为放弃债权的行为，向债务人或者债务人的代理人表示后，即产生债务消灭的法律后果，因此，债权人作出免除的意思表示不得撤回。

## 4. 免除行为产生的法律效果

(1) 免除使债务消灭。债权人免除部分债务的，债务部分消灭；免除全部债务的，债务全部消灭。

(2) 免除消灭债权和债权的从权利。免除了对方债务，也等于放弃了自己的债权，债权消灭，从属于债权的担保权利、利息权利、违约金请求权等也随之消灭。

债务的免除不得损害第三人利益。

## 重点法条

第一百零六条 债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

## 法条精解

### 1. 混同的概念

混同，指债权人和债务人同归于一人，致使合同关系及其他债的关系消灭的事实。广义的混同，指不能并立的两种法律关系同归于一人而使其权利义务归于消灭的现象。包括：

(1) 所有权与他物权同归于一人。

(2) 债权与债务同归于一人。

(3) 主债务与保证债务同归于一人。狭义的混同，也即合同法上的混同，仅指债权与债务同归于一人的情况。

混同是一种事实，即因某些客观事实发生而产生的债权债务同归一人，不必由当事人为意思表示。

### 2. 混同发生的主要原因

(1) 概括承受。概括承受是发生混同的主要原因。主要有：①企业合并，合并前的两个企业之间的债权债务因同归于合并后的企业而消灭。②债权人继承债务人。③债务人继承债权人。④第三人继承债权人和债务人。

(2) 特定承受。特定承受主要包括：债务人受让债权人的债权；债权人承受债务人的债务。

合同关系的存在，必须有债权人和债务人，当事人双方混同，合同失去存在基础，自然应当终止。合同终止债权消灭，债权的从权利如利息债权、违约金债权、担保债权同时消灭。但当债权是他人权利的标的时，为保护第三人的利益，债权不能因混同而消灭。

## 重点法条

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

## 法条精解

### 1. 违约的分类

(1) 根本违约和非根本违约。按照违约行为是否完全违背缔约目的，可分为根本违约和非根本违约。

完全违背缔约目的的，为根本违约。部分违背缔约目的的，为非根本违约。

(2) 合同的不履行和不适当履行。按照合同是否履行与履行状况，违约行为可分为合同的不履行和不适当履行。合同的不履行，指当事人不履行合同义务。合同的不履行包括拒不履行和履行不能，拒不履行指当事人能够履行合同却无正当理由而故意不履行，履行不能指因不可归责于债务人的事由致使合同的履行在事实上已经不可能。合同的不适当履行，又称不完全给付，指当事人履行合同义务不符合约定的条件。不适当履行又分为一般瑕疵履行和加害履行，一般瑕疵履行又包括迟延履行。

(3) 一般瑕疵履行和加害履行。按照违约行为是否造成侵权损害，可分为一般瑕疵履行和加害履行。当事人履行合同有一般瑕疵的，为一般瑕疵履行。一般瑕疵履行有数量不足、质量不符、履行方法不当、履行地点不当、履行迟延等多种表现形式。当事人履行合同除有一般瑕疵外，还造成对方当事人的其他财产、人身损害的，为加害履行。加害履行的特征是违约与侵权行为竞合，加害履行也是一种瑕疵履行，故将与其对应的其他瑕疵履行称为一般瑕疵履行。

(4) 债务人履行迟延和债权人受领迟延。按照迟延履行主体，可分为债务人履行迟延履行和债权人受领迟延。债务人逾履行期履行的，为债务人履行迟延。债权人逾履行期受领的，为债权人受领迟延。

## 2. 违约责任的承担

违反合同义务，就要承担违约责任。《民法通则》第111条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。”据此，承担违约责任的种类有继续履行、采取补救措施、停止违约行为、赔偿损失，此外，还有支付违约金及定金责任等形态。

### 真题示例

(2007-3-5) 王某因多年未育前往某医院就医，经医院介绍 A 和 B 两种人工辅助生育技术后，王某选定了 A 技术并交纳了相应的费用，但医院实际按照 B 技术进行治疗。后治疗失败，王某要求医院返还全部医疗费用。下列哪一选项是正确的？

- A. 医院应当返还所收取的全部医疗费
- B. 医院应当返还所收取的医疗费，但可以扣除 B 技术的收费额
- C. 王某无权请求医院返还医疗费或赔偿损失
- D. 王某无权请求医院返还医疗费，但是有权请求医院赔偿损失

答案：A。

解析：王某选定了 A 技术并交纳了相应的费用，但医院却按照 B 技术进行治疗，医院的行为属于违约行为。由于医院的违约行为，致使王某花费的医疗费没有任何实际价值，换言之，该医疗费属于王某的损失，医院应予以赔偿，也即应返还所收取的全部医疗费。因此 A 项正确，BCD 项错误。

### 重点法条

第一百零八条 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

### 法条精解

#### 1. 预期违约的概念

按照违约行为发生的时间，可分为预期违约和届期违约。违约行为发生于合同履行期届至之前的，为预期违约。预期违约又作先期违约，包括明示毁约和默示毁约。当事人在合同履行期到来之前无正当理由明确表示将不履行合同，或者以自己的行为表明将不履行合同，即构成预期违约。依照本条规定，可以在履行期之前请求其承担违约责任。

#### 2. 预期违约的特征

预期违约属于合同履行前的违约，而不是合同在履行期限到来之后的违约，所以预期违约与实际违约的根本区别在于它们发生的时间的区别。正是由于预期违约发生在合同成立以后，履行期限到来之前，因此它具有以下特点：

(1) 预期违约表现为将来不履行合同义务，而不像实际违约表现为现实违反合同义务。当事人签订合同后，大多数都有一定的履行期限，在期限到来之前债权人不能请求债务人履行债务，所以合同履行期限前发生的违约是“可能的违约”。如果债务人以自己的行为表明不履行债务或明确表示不履行债务，即使这







种行为发生在合同履行期之前，债务人的行为也会违反合同规定的义务，同时表明他根本漠视了其应负的合同债务，因此应构成违约。

(2) 预期违约是对期待债权的侵害而不是现实的债权的侵害。由于合同规定了履行期限，在履行期到来之前，债权人不得违反合同请求债务人提前履行债务，以提前实现自己的债权，所以在履行期限届至以前，债权人享有的债权只是期待权而不是现实债权，对债务人来说，这种期限也体现为一种利益即期待利益，该利益应当为债务人享有。实际违约侵犯的是已到履行期的债权。

(3) 预期违约的主张人可以是合同的任何一方当事人。其主张的唯一条件就是对方当事人具有法律规定的将不能履行合同或者将不履行合同的危险，如特定物买卖合同的出卖人在合同履行期届至前将标的物转卖给第三人，或买受人在付款期到来之前转移财产和存款以逃避债务，对方当事人可以主张其承担预期违约责任。

(4) 在补救方式上与实际违约也有差别。预期违约是一种可选择的违约救济手段，在一方当事人明确表示违约情况下，当事人一方可以直接解除合同，使合同关系消灭，并可要求预期违约方承担损害赔偿赔偿责任；也可以等待合同履行期的到来，在另一方当事人实际违约时，依照实际违约请求对方当事人承担违约责任。在默示预期违约时，一方当事人可以中止履行合同（如果已有合同义务的履行时），要求预期违约方提供充分的担保，如果在合理的期限内默示违约方未能提供充分的担保，另一方当事人可以解除合同，并可以要求损害赔偿。

(5) 预期违约是一种可能违约。由于预期违约发生在合同履行期限届至前，因此是否履行合同取决于一方当事人的行为。如果一方当事人严格履行合同，则预期违约缺乏实际存在的基础，也有一种可能是因一方当事人最终仍不履行合同而转为实际违约，因而预期违约并不必然承担违约责任。而实际违约一般必然承担责任。

## 重点法条

第一百零九条 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

### 法条精解

本条规定了未支付价款或者报酬的违约责任。当事人一方未支付价款或者报酬的，对方当事人可以请求其履行，支付价款或者报酬，并可以请求其承担其他适当的违约责任。当事人一方迟延支付价款或者报酬的，除已支付价款或者报酬的外，还应当承担其他违约责任，如支付违约金、赔偿逾期利息。

## 重点法条

第一百一十条 当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

- (一) 法律上或者事实上不能履行；
- (二) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- (三) 债权人在合理期限内未要求履行。

### 法条精解

本条规定了不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的违约责任。

当事人一方不履行非金钱债务或者履行的不适当，对方可以请求其履行，还可以请求其承担其他违约责任，如支付违约金、赔偿损失。

如果非金钱债务在法律上或者事实上不能履行，或者履行费用过高，或者债权人在合理期限内未请求履行，则不宜继续履行的方式承担违约责任。

## 重点法条

第一百一十三条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

## 1. 赔偿损失的构成

赔偿损失在民法上包括违约的赔偿损失、侵权的赔偿损失及其他赔偿损失。本条的赔偿损失指违约的赔偿损失，它是一方当事人违反合同给另一方当事人造成财产等损失的赔偿。

承担赔偿损失责任的构成要件有四：

- (1) 有违约行为，当事人不履行合同或者不当履行合同。
- (2) 有损失后果，违约行为给另一方当事人造成了财产等损失。
- (3) 违约行为与财产等损失之间有因果关系，违约行为是财产等损失的原因，财产等损失是违约后果。
- (4) 违约人有过错，或者虽无过错，但法律规定应当赔偿。

## 2. 赔偿损失的范围

赔偿损失的范围可由法律直接规定，或由双方约定。在法律没有特别规定和当事人没有另行约定的情况下，应按完全赔偿原则，赔偿全部损失，包括直接损失和间接损失。直接损失指财产上的直接减少。间接损失又称所失利益，指失去的可以预期取得的利益。可以获得的预期的利益，简称可得利益，可得的利益指利润，而不是营业额。

## 3. 赔偿损失的方式

赔偿损失的方式有三：一是恢复原状，二是金钱赔偿，三是代物赔偿。

恢复原状，指回复到损害发生前的原状。违约后的恢复原状，实践中多有困难，故多适用金钱赔偿。金钱赔偿简便易行，是赔偿损失的主要方式。金钱赔偿时遇违约人资金困难，若违约人还有其他财产，可以折抵相应金额，代物赔偿，即以其他财产替代赔偿。

## 4. 赔偿损失的计算

金钱赔偿、折抵赔偿都涉及损失赔偿额的算定。损失赔偿额的计算，关键是确定标的物价格的计算标准，计算标准涉及标的物种类和计算的时间及地点。

合同标的物的价格，可分为市场价格和特别价格。一般标的物按市场价格确定其价格。特别标的物按特别价格确定。

计算标的物的价格，还要确定计算的时间及地点。不同的时间、不同的地点，价格往往不同。通常以违约行为发生的时间作为确定标的物价格的计算时间，以违约行为发生的地点作为确定标的物价格的计算地点。

如果法律规定或者当事人约定了赔偿损失的计算方法，则按该方法算定损失赔偿额。

## 5. 过错相抵

过错相抵，英美法称共同过失，日本称过失相杀，其在违约责任中，指对违约损害的发生和扩大，受害人也有过错的，可以减轻或者免除违约人的赔偿责任。我国法律对过错相抵有所规定。《民法通则》第114条规定，当事人一方因另一方违反合同受到损失的，应当及时采取措施防止损失的扩大；没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿。一方当事人违约给另一方当事人造成了损失，另一方当事人有义务采取措施防止损失扩大，倘若没有及时采取措施，即构成过错，无权就扩大的损失要求赔偿，按照过错相抵，免除违约人对扩大损失的赔偿责任。

## 重点法条

第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

## 【关联法条】

## 《合同法解释（二）》

第二十八条 当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持。

第二十九条 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，



兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。

## 法条精解

### 1. 违约金的概念及其种类

(1) 违约金是指按照当事人的约定或者法律直接规定，一方当事人违约的，应向另一方支付的金钱。违约金的标的物是金钱，但当事人也可以约定违约金的标的物为金钱以外的其他财产。

(2) 违约金有法定违约金和约定违约金之分，由法律直接规定的违约金为法定违约金。违约金是由当事人约定的，为约定违约金。约定违约金是一种合同关系，有的称违约金合同。违约金合同是诺成合同，与定金合同不同，不以预先给付为成立要件。约定违约金可以看成为一种附条件合同，只有在违约行为发生的情况下，违约金合同生效；违约行为不发生，违约金合同不生效。

(3) 违约的种类繁多，违约金合同则有概括性和具体性之分。概括性违约金合同，指当事人对违约行为不做具体区分，概括约定凡违约即支付违约金。具体性违约金合同，指当事人针对不同的违约行为所约定的违约金，如债务不履行违约金、债务部分履行违约金、债务迟延履行违约金等。

### 2. 违约金的支付

当事人约定了违约金的，一方违约时，应当按照该约定支付违约金。如果约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

如果当事人专门就迟延履行约定违约金的，该种违约金仅是违约方对其迟延履行所承担的违约责任，因此，违约方支付违约金后，还应当继续履行债务。

## 重点法条

第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

## 法条精解

### 1. 定金的概念

所谓定金，是指合同当事人为了确保合同的履行，依照法律和合同的规定，由一方按合同标的额的一定比例预先给付对方的金钱或其他替代物。《合同法》第115条也规定：当事人可以依照担保法约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

### 2. 定金责任的特征

(1) 定金在性质上属于违约定金，适用于债务不履行。由于定金责任具有明显的制裁违约行为的性质，因此，它应适用于较为严重的违约行为。一般来说，主要应适用于不履行或其他根本违约行为。

(2) 定金是一种独立于其他责任形式的制裁措施。定金责任不仅能够有效地制裁不法行为，而且能够起到督促债务人履行债务的作用。

(3) 定金具有从合同性质，它以主合同存在和生效为必要条件。主合同不成立、无效或被撤销时，定金条款也不生效。主合同消灭，约定的定金也消灭。

(4) 定金的适用必须符合法律规定的数额和条件，定金的成立不仅需要当事人的合意，而且还必须要有一定金的现实交付行为。按照《合同法》第91条规定，定金的数额不得超过主合同标的额的20%，超过部分无效，不受法律保护。

## 重点法条

第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。



## 法条精解

在合同当事人既约定了违约金，又约定了定金的情况下，如果一方违约，对方当事人可以选择适用违约金或者定金条款，即对方享有选择权，可以选择适用违约金条款，也可以选择适用定金条款，但二者不能并用。

一般说来，选择适用违约金条款或定金条款，就可以达到弥补因违约受到损失的目的。违约金相当于一方因对方违约所造成的实际损失，而且根据本法第114条的规定，约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。这样，守约方根据违约金条款，就可以补偿自己因对方违约所造成的损失。当然，在定金条款对守约方有利时，守约方也可以适用定金条款，按照定金罚则弥补自己的损失。赋予守约方适用选择权，能够起到保障其合同利益，补救其违约损失的作用。但如果允许守约方并用违约金和定金条款，其一是对补偿守约方遭受的损失并无必要，其二是违约金与定金并用，其数额可能远远高于因违约所造成的损失，既加重了对违约方的惩罚，也可能使守约方获得的补偿高于其所受的损失，这与合同的公平原则相悖的。

因此，本条规定合同当事人选择适用违约金条款或定金条款，是必要的，也是合理的。

## 重点法条

**第一百一十九条** 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

## 法条精解

这一条的目的在于防止损失的扩大。当事人一方违反合同的，另一方不能无动于衷，任凭损失的扩大，而应当采取积极措施，减少损失。当事人一方已经尽了最大努力，仍然不能履行或者不能完全履行合同的，应当及时向对方说明情况，尽量避免或者减少可能造成的损失。对方在接到通知后，如果能够采取有效措施防止损失的发生或者扩大，不能履行或者不能完全履行合同的一方对此发生或者扩大的损失不承担民事责任。当事人一方因另一方违反合同受到损失的，即使没有接到违反合同一方的通知，也应当及时采取措施防止损失的扩大；没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大支出的合理费用，由违约方承担。

## 重点法条

**第一百二十条** 当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

## 法条精解

按照违约的人，可分为单方违约和双方违约。一当事人违约的，称为单方违约，双方当事人违约的，称为双方违约。单方违约的，违约方承担违约责任。双方违约的，各自承担相应的违约责任。

## 重点法条

**第一百二十一条** 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

## 法条精解

违约是由第三人造成的，为因第三人原因造成的违约。因第三人原因造成一方当事人违约的，如第三人迟延交货造成一方当事人迟延履行的，该当事人应当承担违约责任。该当事人承担违约责任后，应当向第三人追偿。第三人原因构成意外事故致使一方当事人违约，且第三人无力赔偿的，损失由双方当事人分担。法律规定因第三人原因造成违约第三人直接承担责任的，第三人应当直接承担责任。例如依照消费者权益保护法，消费者因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向出售商品的销售者请求赔偿，也可以向制造商品的生产者请求赔偿，受损害的消费者直接请求生产者赔偿的，生产者应当赔偿。

## 重点法条

**第一百二十二条** 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本





法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

## 【关联法条】

### 《合同法解释（一）》

第三十条 债权人依照合同法第一百二十二条的规定向人民法院起诉时作出选择后，在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。对方当事人提出管辖权异议，经审查异议成立的，人民法院应当驳回起诉。

## 法条精解

### 1. 责任竞合的概念

所谓责任竞合，是指由于某种法律事实的出现而导致两种以上的责任产生，这些责任彼此之间是相互冲突的。在民法中，责任竞合主要表现为违约责任与侵权责任的竞合。

### 2. 责任竞合的特征

(1) 责任竞合是由某个违反义务的行为引起的。“无义务即无责任”，责任是违反义务的结果。如果义务人正确履行其义务，也就不会产生责任后果，更不可能产生责任竞合的现象，只有违反义务的行为存在并由此导致产生数个法律责任，这才成为责任竞合的前提。如果行为人实施了数个（而不是一个）不法行为，分别触犯了不同的法律规定，并符合不同的责任构成要件，行为人为此要承担不同的法律责任，但不能按责任竞合处理。

(2) 某个违反义务的行为符合两个或两个以上的责任构成要件，即行为人虽然只实施了一种行为，但该行为却同时触犯了数个法律规范，并符合法律关于数个责任构成要件的规定。

其实，该行为既有违约行为的性质，又具侵权行为的性质，因此，对行为人追究责任的法律依据亦就有多个。这时法律就必须做出明确的规定，由行为人承担一种责任还是数种责任。在实践中，一种行为符合数种责任构成要件，既可能是因为行为本身的复杂性所致，也可能是因法律本身的交叉引起的，不管出于何种原因，该现象与行为人实施数个行为而造成不同损害的情况有根本性区别。

(3) 数个责任之间相互冲突。在责任竞合情况下，合同法上的义务和侵权行为法上的义务是从不同角度对基于同一权利而形成的义务的表述，而不是由义务人承担合同法和侵权行为法上的多重义务，由此所产生的责任，既不能相互吸收，也不应同时并存。因为行为人承担不同的责任，会产生不同的法律后果，如果允许责任并存，就会加重行为人的责任，增加其负担，违背法律公平原则；如果允许数种责任相互吸收，则行为人不论承担何种形式的责任，都会有相同的法律后果，这就会推出数种责任在构成要件方面是相通的结论，这显然会使不同责任的划分失去意义。

### 3. 侵权责任与违约责任发生竞合的原因

(1) 合同当事人的违约行为同时侵害了法律规定的强行性义务，包括保护、照顾、保密、忠实等附随义务和其他法定的不作为义务。

(2) 在某些情况下，侵权行为直接构成违约的原因，即侵权性的违约行为。

(3) 加害人实施故意侵害他人权利并造成损害的侵权行为时，如果加害人与受害人之间事先存在一种合同关系，那么加害人对受害人的损害行为，不仅可以作为侵权行为对待，也可以作为违反了当事人事先规定的义务的违约行为对待。

(4) 一种违法行为虽然只符合一种责任构成要件，但是法律从保护受害人的利益出发，要求合同当事人根据侵权行为制度提出请求和提起诉讼，或者将侵权行为责任纳入到合同责任的范围内。

### 4. 侵权责任与违约责任的区别

违约责任和侵权责任具有同一性，但这种同一性具有很大的相对性，两种责任的区别主要表现为：

(1) 归责原则不同。各国法律普遍规定违约责任适用严格责任或过错推定原则。也就是说不管合同当事人是否具有故意或过失，只要存在债务人不履行合同或履行不符合合同约定的事实，且不具有有效的抗辩事由，就必须承担违约责任。而侵权责任则一般规定为过错责任原则为基础严格责任为补充。在我国的侵权之诉中，只有受害人具有重大过失时，侵权人的赔偿责任才可以减轻；而在合同之诉中，只要受害人有轻微的过失，违约方就可以减轻赔偿责任。

(2) 举证责任不同。在违约责任中，受害人无须证明加害人的故意或过失，只需证明合同有效存在和合同的不履行或履行的不符合约定即可；而违约方应当证明自己没有过错，否则就要承担违约责任。在侵权责任中，受害人一般要证明行为人的故意或过失（特殊侵权责任除外）。因此，受害人在侵权责任中比在



违约责任中承担着相对多的举证义务。

(3) 诉讼时效不同。绝大多数国家的民法典对合同之诉和侵权之诉的诉讼时效规定了不同的期限。以我国为例,我国《民法通则》规定,因侵权行为产生的赔偿请求权的期限一般为2年,但因身体受到伤害而产生的赔偿请求权的期限为1年;因违约而产生的赔偿请求权的诉讼时效为2年,但在出售质量不合格商品未声明、延期或拒付租金以及寄存财物毁损灭失的情况下,适用1年的诉讼时效。

(4) 责任构成和免责条件不同。在违约责任中,只要行为人实施了违约行为且不具有有效的抗辩事由就要承担违约责任。一般来说,违约是否造成损害事实的存在不影响违约责任的成立。而在侵权责任中,无损害事实则无侵权责任,损害事实是侵权责任产生的前提条件之一。关于免责条件,在违约责任中,除了法定的免责条款外,当事人还可以在合同中约定不承担责任的情况,而且,即使不可抗力也可以约定其范围;在侵权责任中,只有法定免责条款,不可随意约定。

(5) 责任形式不同。违约责任主要采用违约金的形式,且可约定可法定,因而,在违约行为发生后,违约金的支付并不以对方发生损害为条件。此外,当事人可以在合同中约定损害赔偿的计算方法。而侵权责任主要采用损害赔偿的形式,损害赔偿以实际发生的损害事实为前提,且不能约定计算方法。

(6) 责任范围不同。合同的损害赔偿主要是财产损失的赔偿,不包括对人身伤害和精神损害的赔偿责任,而且,对于合同的赔偿来说,法律常常采用可预见性标准来限制赔偿的范围。但对于侵权责任来说,损害赔偿范围不仅包括财产损失还包括人身和精神损失的赔偿,不仅包括直接损失还包括间接损失。

(7) 诉讼管辖不同。根据我国的民事诉讼法规定,因合同引起的诉讼既可以由被告住所地法院也可由合同履行地法院管辖,合同当事人也可以在合同中约定管辖法院(但不得与法律规定冲突)。而在侵权之诉中则不可以协议选择管辖法院。

#### 5. 对违约责任和侵权责任竞合的处理

《合同法》第122条规定:因当事人一方违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受害方有权依照本法要求其承担违约责任或依照其他法律要求其承担侵权责任。具体分析,这一条款主要确立了以下三项规则:

(1) 确认了责任竞合的构成要件。即必须是一种违约行为同时侵犯了非违约方的人身权和其他财产权益时,才构成责任竞合。

(2) 允许受害人就违约责任和侵权责任中的一种作出选择。也就是说,在发生责任竞合时,要由受害人做出选择而不是有司法审判人员为受害人选择某种责任方式。在通常情况下,受害人能够选择对其最为有利的责任方式。允许受害人选择,这正是市场经济要求私法自治和合同自由的固有内容。

(3) 受害人只能在违约责任和侵权责任中选择一种责任形式提出请求,而不能同时基于两种责任提出请求,法院也只能满足受害人的一种请求。

由此可见,我国有关责任竞合的立法采用了允许竞合和选择请求权制度。这一制度的确定充分尊重了当事人的意识,考虑了双方当事人的利益均衡和法律法规的协调运用,在绝大多数情况下受害人会选择对自己最有利的责任形式,从而使其损失得到最充分的补偿。

### 真题示例

(2009-3-57) 孙女士于2004年5月1日从某商场购买一套化妆品,使用后皮肤红肿出疹,就医不愈花费巨大。2005年4月,孙女士多次交涉无果将商场诉至法院。下列哪些说法是正确的?

A. 孙女士可以要求商场承担违约责任

B. 孙女士可以要求商场承担侵权责任

C. 孙女士可以要求商场承担缔约过失责任

D. 孙女士可以要求撤销合同

答案: AB。

解析: 本题考核违约责任与侵权责任的竞合。

孙女士与商场之间存在有效的买卖合同,商场提供的化妆品不符合质量要求构成违约。同时,该化妆品给孙女士造成了人身损害,构成侵权。孙女士可以向商场主张违约责任或侵权责任。因此,本题的正确答案是AB。

### 重点法条

第一百二十九条 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年,自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限,依照有关法律的规定。



## 【关联法条】

### 《民法通则》

第一百三十六条 下列的诉讼时效期间为一年：

- (一) 身体受到伤害要求赔偿的；
- (二) 出售质量不合格的商品未声明的；
- (三) 延付或者拒付租金的；
- (四) 寄存财物被丢失或者损毁的。

### 《合同法解释（一）》

第六条 技术合同争议当事人的权利受到侵害的事实发生在合同法实施之前，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起至合同法实施之日超过一年的，人民法院不予保护；尚未超过一年的，其提起诉讼的时效期间为二年。

第七条 技术进出口合同争议当事人的权利受到侵害的事实发生在合同法实施之前，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起至合同法施行之日超过二年的，人民法院不予保护；尚未超过二年的，其提起诉讼的时效期间为四年。

第八条 合同法第五十五条规定的“一年”、第七十五条和第一百零四条第二款规定的“五年”为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

## 法条精解

本条是对国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限的规定。

由于国际货物买卖合同和技术进出口合同发生的争议一般都比较复杂，涉及的标的额也较大，为了更有效地保护当事人的合法权益，合同法对这类合同发生争议提起诉讼或者仲裁的期限规定为4年。相比国内同类案件提起诉讼或者申请仲裁的期限要长。提起诉讼或者申请仲裁期限的起算点，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。

本条规定的提起诉讼或者仲裁的4年期限，只适用于因国际货物买卖合同和技术进出口合同发生的争议。其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，不适用本条规定，依照其他有关法律的规定。如我国民法通则规定一般诉讼时效期限为2年，特别诉讼时效期限为1年。我国仲裁法规定，法律对仲裁时效有规定的，适用该规定。法律对仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效的规定。

## 重点法条

第一百三十三条 标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

## 法条精解

本条是关于买卖合同标的物所有权转移时间的规定。

1. 当事人有约定的，依照其约定。
2. 当事人没有约定的，财产所有权的转移时间为交付之时。

## 重点法条

第一百三十四条 当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

## 法条精解

本条是关于买卖合同中标的物所有权保留条款的规定。

本法前条规定，标的物的所有权自标的物交付时起转移，但当事人另有约定的，则应当依照当事人的约定确定所有权转移的时间。本条的规定即体现了当事人另外约定的一种情形。因此，本条实际上是一个提示性的条款，当事人可以根据实际情况运用这样的约定确定相互的权利义务关系，而这种约定是当事人根据合同自愿原则确定合同内容的表现，是受法律保护的。

买卖合同中的所有权保留条款，是标的物所有权转移问题中的重要内容。所有权保留条款是有利于出卖人的条款。它的主要功能是可以使出卖人躲避不能取得标的物价款的风险。在买受人未履行支付价款或



者其他出卖人认为重要的义务以前，出卖人仍然享有标的物的所有权。这样就可以免去在出卖人已交付标的物而买受人不履行其主要义务时，因所有权已转移可能给自己造成的损害。

## 重点法条

第一百三十五条 出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。

## 法条精解

本条是关于出卖人基本义务的规定。

买卖合同的买受人的目的就是取得标的物的所有权，所以交付标的物并转移标的物所有权是出卖人最基本的义务。

交付是指标的物占有的转移。民法理论将标的物的交付分为现实的交付和拟制的交付两种。

现实的交付即指出卖人将标的物的占有直接转移于买受人，使标的物处于买受人的实际控制之下。拟制的交付是指出卖人将对标的物占有的权利转移于买受人，以替代现实的交付。本条规定的出卖人应当履行向买受人交付“提取标的物的单证”的义务，就是一种拟制交付。这种拟制交付可以称为指示交付，它是指在标的物由第三人占有时，出卖人将对于向第三人的请求提取标的物的权利让与买受人，以代替标的物的实际交付。最常见的指示交付是将仓单、提单交给买受人。交付必须是依出卖人的意思而作出的，如未经出卖人的同意，买受人自行将标的物或者提取标的物单证从出卖人处取走，则不构成交付，而是非法侵占的行为。

标的物所有权的转移方法，依法律的规定而定。动产一般以占有为权利的公示方法，因此，除法律另有特别规定或者当事人另有约定以外，动产所有权依交付而转移。不动产和法律有特别规定的动产，如车辆、船舶、航空器等，以登记为权利公示的方法，因此，其所有权的转移须办理所有权人的变更登记。无论合同是否作出约定，出卖人都应当协助买受人办理所有权的变更登记手续，并将有关的产权证明文书交付买受人。在前面提到的在买卖合同成立时出卖人尚未取得标的物所有权的情况下，出卖人就应当在合同订立后取得该标的物的所有权，以将其转移给买受人。

## 真题示例

(2007-3-94) 2007年4月2日，王某与丁某约定：王某将一栋房屋出售给丁某，房价20万元。丁某支付房屋价款后，王某交付了房屋，但没有办理产权移转登记。丁某接收房屋作了装修，于2007年5月20日出租给叶某，租期为2年。2007年5月29日，王某因病去世，全部遗产由其子小王继承。小王于2007年6月将该房屋卖给杜某，并办理了所有权移转登记。如王某生前或王某死后其继承人小王欲出卖房屋前向丁某请求返还房屋，下列选项正确的是：

- A. 王某无权请求丁某返还房屋
- B. 王某有权请求丁某返还房屋
- C. 小王无权请求丁某返还房屋
- D. 小王有权请求丁某返还房屋

答案：AC。

解析：《合同法》第135条规定：出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。在本案中，王某与丁某达成了房屋买卖的协议，王某应承担将房屋交付给丁某以及将房屋所有权转移给丁某的义务，因此王某无权请求丁某返还房屋，故A项正确，B项错误。小王作为王某的继承人，应继承王某的权利及义务，且该房未移转登记给第三人，小王同样无权请求丁某返还房屋，故C项正确，D项错误。

## 重点法条

第一百四十条 标的物在订立合同之前已为买受人占有的，合同生效的时间为交付时间。

## 法条精解

本条是关于买卖合同订立之前买受人已占有标的物的情况下，如何确定交付时间的规定。

本条规定涉及拟制交付的另一种形式，可以称为简易交付。它指的就是买卖合同订立之前买受人已经实际占有标的物的情况下，合同一生效就视为标的物已交付。由于本法规定除法律另有规定或者当事人另有约定外，标的物的所有权自交付时起转移。因此，对于本条所规定的情形，合同标的物的所有权也就从





合同生效之时起，从出卖人转移至买受人。

## 重点法条

第一百四十一条 出卖人应当按照约定的地点交付标的物。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；

（二）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

## 法条精解

本条是关于标的物交付地点的规定。

买卖合同对标的物的交付地点有约定的，出卖人就应当按照约定履行交付的义务。本条所要解决的问题主要是合同对交付地点没有约定或者约定不明确时，法律应当确定怎样的规则。与交付期限没有约定或者约定不明确的情形一样，合同如果没有约定交付地点或者约定不明确的，首先仍然要适用本法第61条的规定，即合同生效后，当事人可以协商达成补充协议，不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

与确定交付期限不同的是，如果这样仍然不能确定交付地点，不是适用本法第62条的规定，即62条第3项所规定的，履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。本条的规定，是在按照本法第61条不能解决问题的情况下，提出了适用于买卖合同的特别规则。这些特别的规则与62条第3项的规定是不同的，对于买卖合同，首先要适用本条的规则。

本条所确定的规则可以从三个层次把握：

1. 如果买卖合同标的物需要运输，无论运输以及运输工具是出卖人安排的，还是买受人安排的，出卖人的交付义务就是将标的物交付给第一承运人。

2. 如果标的物不需要运输，即合同中并没有涉及运输的事宜，这时如果出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物。

3. 在不属于以上两种情况的其他情况下，出卖人的义务是在其订立合同时的营业地把标的物交付买受人处置。

## 重点法条

第一百四十二条 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第十一条 对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。

房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

## 法条精解

本条是关于标的物毁损、灭失风险承担的基本原则的规定。

### 1. 风险承担的概念

风险承担是指买卖的标的物在合同生效后因不可归责于当事人双方的事由，如地震、火灾、飓风等致使发生毁损、灭失时，该损失由哪方当事人承担。风险承担的关键是风险转移的问题，也就是说如何确定风险转移的时间。转移的时间确定了，风险由谁来承担也就清楚了。由于它涉及买卖双方当事人最根本的利益，所以从来都是买卖合同中要解决的一个最重要的问题。

### 2. 《合同法》关于风险负担的规定

（1）标的物风险转移的时间可以由双方当事人在合同中作出约定。当事人在这方面行使合同自愿的权利，法律是没有理由干预的。



(2) 法律必须要确定一个规则,以解决合同当事人对此问题未作约定或者约定不明确时,标的物的风险从何时起转移。

(3) 本条规定,标的物毁损、灭失的风险,交付前由出卖人承担,交付后由买受人承担。这里要注意一个问题。我国民法通则和本法都规定,除法律另有规定或者当事人另有约定以外,买卖标的物的所有权自交付时起转移,而本条又规定标的物的风险自交付时起转移。但不能认为这种情况下区分风险承担的所有权原则与交付原则没有意义。因为,本法所规定的所有权自交付时起转移是在法律没有另外规定或者当事人没有相关约定的情况下才发生效力的。比如,如果当事人约定自合同成立或者自标的物价款支付完毕时起所有权转移,那么所有权的转移就依当事人的约定,而对于标的物风险,如果当事人没有专门约定,则要自交付时起转移。对于法律规定须办理一定手续标的物所有权才能转移的情况,与此道理相同。

本条确立的规则属于合同法的一般性规则,如果特别法另有专门的规定,则应当适用该特别法的规定。

### 重点法条

第一百四十三条 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的,买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。

### 法条精解

本条是关于标的物因买受人过错致使交付迟延情况下,风险转移的规定。依照前条,标的物的风险自交付时起,由出卖人转移至买受人。在合同履行中发生交付迟延的情况下,就要考虑按此规则处理是否会导致对当事人各方的不公平。如果有,就需要作出相应的补充规定。在标的物迟延交付是由买受人过错造成的情况下,如果仍然坚持标的物的风险自交付起转移,则显然对出卖人是不公平的。因为他已经为标的物的交付做好了准备,标的物已处于可交付的状态,而买受人则违反了及时接受标的物的合同义务。因此,本条作出这样的规定,是合情合理的。

### 重点法条

第一百四十四条 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物,除当事人另有约定的以外,毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

### 法条精解

本条是关于路货买卖中的标的物风险转移的规定。

路货买卖是指标的物已在运输途中,出卖人寻找买主,出卖在途的标的物。它可以是出卖人先把标的物装上开往某个目的地的运输工具(一般是船舶)上,然后再寻找适应的买主订立买卖合同,也可以是按一个买卖合同买受人未实际收取标的物前,再把处于运输途中的标的物转卖给另一方。

出卖在运输途中的货物,一般在合同订立时,出卖人就应当将有关货物所有权的凭证或者提取货物的单证等交付买方,货物也就处于买方的支配之下。因此,一般说来,从订立合同时起转移货物的风险承担也是合理的。

### 重点法条

第一百四十五条 当事人没有约定交付地点或者约定不明确,依照本法第一百四十一条第二款第一项的规定标的物需要运输的,出卖人将标的物交付给第一承运人后,标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

### 法条精解

本条是关于出卖人依法将标的物交付给第一承运人即为履行交付义务的情况下,标的物风险转移的规定。

本条规定是要解决标的物在运输中的风险由谁承担的问题。本法第141条第2款第1项规定,当事人未约定交付地点或者约定不明确,依照本法第61条的规定又不能确定时,如果是标的物需要运输的,出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人。这项规定实际上确定了在这种情况下,出卖人将标的物交付给第一承运人就是履行了合同的交付义务。而本法规定标的物的风险,交付前由出卖人承担,交付后由买受人承担。所以规定这种情况下,在出卖人将标的物交付给第一承运人后,标的物的风险由买受人承



担就是符合逻辑的。

## 重点法条

第一百四十六条 出卖人按照约定或者依照本法第一百四十一条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。

## 法条精解

本条是关于买受人不履行接收标的物的义务情况下，标的物毁损、灭失风险承担的规定。

本法第141条第2款第2项规定，当事人未约定交付地点或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，如果标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点，那么出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。总之，这种情况就是出卖人有义务在某一地点将标的物交付给买受人。在合同约定的交付期限届满时，如果标的物已经特定于合同项下而且出卖人已经完成了必要的交付准备工作，让买受人能够取得标的物，则标的物就处在了可以交付买受人处置的状态。如果这时买受人违反合同的约定没有接收标的物，那么按照该条的规定，买受人就从违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。

## 重点法条

第一百四十七条 出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

## 法条精解

本条是关于出卖人交付有关标的物的单证和资料的义务与标的物毁损、灭失风险承担的关系的规定。

本条适用的范围主要是买卖合同涉及标的物运输的情况。

合同法确立的标的物风险转移的原则，除当事人另有约定以外，是以标的物的交付作为标准，而不与标的物的所有权相联系。因此，无论出卖人不交付标的物的单证是否意味着所有权的保留，都不影响标的物的风险从交付时起由出卖人转移给买受人。

## 重点法条

第一百四十八条 因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

## 法条精解

本条是关于出卖人根本违约的情况下，风险承担的规定。

本条是参考《美国统一商法典》作出的规定，美国统一商法典规定了出卖人违约与买受人风险承担的关系。首先，如果出卖人所交付的货物不符合约定，足以使买受人有权拒收货物时，则在出卖人消除了货物的缺陷，或者在买受人接受货物以前，货物的风险仍由出卖人承担。这里的“接受”指的是买受人对货物的认可。其次，如果买受人有正当理由拒绝对货物的接受，则他可以在保险合同所不包括的限度内，认为出卖人自始就承担了货物的风险。

## 重点法条

第一百四十九条 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

## 法条精解

本条是关于买受人承担风险与出卖人违约责任关系的规定。

本条是参考《国际货物销售合同公约》作出的规定。它表明在出卖人违约的情况下，买受人虽然按照本法的规定承担了标的物风险，但并不影响因出卖人的违约行为，买受人请求其承担违约责任的权利，如请求损害赔偿。在标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的情况下，可以适用此规定。

## 重点法条

第一百五十条 出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务，但法律



另有规定的除外。

第一百五十一条 买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人不承担本法第一百五十条规定的义务。

第一百五十二条 买受人有确切证据证明第三人可能就标的物主张权利的，可以中止支付相应的价款，但出卖人提供适当担保的除外。

### 【关联法条】

#### 《合同法》

第一百三十二条 出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。

法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。

### 法条精解

买卖合同中出卖人对标的物的权利担保指的是，出卖人应当保证对标的物享有合法的权利，没有侵犯任何第三人的权利，并且任何第三人都不会就该标的物向买受人主张任何权利。买卖合同根本就是标的物所有权的转让，因此，出卖人的这项义务也就是其一项最基本的义务。本条所规定的义务是买卖合同中出卖人的一项法定义务，即使合同中对其未作约定，出卖人也必须履行。

具体说，出卖人的保证义务包括：

1. 出卖人对出卖的标的物享有合法的权利，他须对标的物具有所有权或者处分权。
2. 出卖人应当保证标的物上不存在他人可以主张的权利，如抵押权、租赁权等。
3. 出卖人应当保证标的物没有侵犯他人的知识产权。

买卖合同的出卖人对于买受人应当承担权利担保义务。但是，在订立合同时，如果买受人已知或者应知标的物在权利上存在缺陷，就应当认为买受人抛弃了对出卖人的权利担保。因为买受人在订立合同时明知这种情况就等于表示愿意购买有权利缺陷的标的物。

买受人就标的物的权利缺陷行使中止支付价款权的规定。

本条赋予买受人中止支付价款权的目的在于对买受人提供一种积极的保护，使其免受可能丧失标的物权利的损害。但买受人行使这一权利时，应当依照本条的规定，首先要有“确切的证据”，其次，只能中止支付与受影响的标的物“相应”的价款。

### 重点法条

第一百五十三条 出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。

第一百五十四条 当事人对标的物的质量要求没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用本法第六十二条第一项的规定。

第一百五十五条 出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照本法第一百一十一条的规定要求承担违约责任。

### 法条精解

1. 质量要求是买卖合同的重要条款。出卖人交付的标的物应当符合约定的质量要求，否则，买受人可以依照本法第七章的规定请求出卖人承担违约责任。

2. 买卖双方如果在合同中对标的物的质量要求问题没有约定或者约定不明确时如何处理。与合同的其他条款一样，首先要依照本法第61条的规定予以确定。确定不了的，接着适用本法第62条的有关一般性规定。即“质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行”。这是买卖合同中必须解决的问题，大陆法系有关的制度称为瑕疵担保制度，英美法系则称为默示担保制度。

3. 出卖人交付的标的物不符合质量要求，既包括标的物的质量要求由合同当事人明确约定的情形，也包括在前条中通过法律规定的情形。

4. 本法第111条规定，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬。质量不符合约定，造成其他损失的，可以请求赔偿损失。买卖合同中买受人对出卖人的质量违约行为，就可以通过这些规定要求其承担违约责任。





## 重点法条

第一百五十七条 买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。

第一百五十八条 当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

当事人没有约定检验期间的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间内通知出卖人。买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起两年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定，但对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该两年的规定。

出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。

## 法条精解

### 1. 买受人对标的物的检验义务

买卖合同的履行过程中，在出卖人交付标的物后，接着的一个重要问题就是买受人对标的物的检验。除当事人另有约定外，买方在支付货款和接受标的物以前，有权对货物进行检验。检验的时间、地点和方法按照合同约定办理。如合同未作约定，在卖方负责把货物运到目的地的情况下，应在目的地进行检验。在其他情况下，应当在合理的时间、地点，以合理的方式进行检验。如检验表明货物与合同约定相符合，检验的费用由买方承担，反之由卖方承担。

### 2. 买受人检验标的物的异议通知的规定

买受人通过对标的物的检验，如果发现标的物的数量、品种、型号、规格、花色和质量不符合同规定，应当对标的物妥为保管，同时向出卖人发出异议通知。

(1) 当事人如果约定检验期间，买受人就应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

(2) 对于没有约定检验期间的情况，法律没有对质量违约的情形进行分类并相应地规定买受人提出异议的期间，而是规定了买受人收取标的物开始检验之后发现或者应当发现标的物的质量或者数量不符合同约定之日起的合理期间。

(3) 买受人如果在发现或者应当发现标的物的质量或者数量不符约定时起的合理期间内没有向出卖人发出异议通知，依照法律规定，就视为标的物的质量或者数量符合约定，即从法律上认为买受人认可了标的物。此外，本条还规定了一个最长的异议通知时间。买受人自标的物收到之日起2年内未通知出卖人的，视为标的物的质量或者数量符合约定。也就是说，在2年内，无论买受人是否发现或者应当发现标的物不符合约定，只要未向出卖人提出异议，就都视为他认可接受了标的物。如果合同对标的物的质量保证期作了约定，就应当认为，这构成了当事人对最长的异议通知时间的约定，这时就不适用本条“两年”法定期间的规定。

(4) “出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。”本条规定的目的是促进和加速商品交易，但客观上是有利于出卖人的。出卖人故意提供不符合约定的标的物属于一种欺诈的行为，对于从事欺诈的人，不应当让他享有这种法律规定上的利益。这就是该规定的出发点。

## 重点法条

第一百六十三条 标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。

### 【关联法条】

#### 《物权法》

第一百一十六条 天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。

法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

## 法条精解

本条是关于买卖合同标的物孳息的规定。

孳息是“原物”的对称，指由物或者权利而产生的收益，分为“天然孳息”和“法定孳息”。天然孳



息指物依自然规律产生的收益。法定孳息指依民事法律关系产生的收益。买卖合同中标的物涉及的孳息，一般为天然孳息。但如果买卖的不是一般的货物，则也有可能涉及法定孳息，如买卖正被出租的房屋。

孳息之产生与原物占有人的照料大有关系，故很多国家有关买卖合同法律都规定孳息收益人的确定与标的物的交付相联系。如大陆法系的《日本民法典》第575条规定：“未交付的买卖标的物产生孳息时，孳息属于出卖人。”《德国民法典》第446条规定：“自交付买卖标的物时起，物的收益归属于买受人。”本条亦采用此原则而规定。

### 重点法条

第一百六十四条 因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

### 法条精解

本条是关于因标的物主物不符合约定而解除合同的规定。

主物是“从物”的对称，指独立存在，与同属于一人的他物合并使用而起主要经济效益的物。反之从物就是“主物”的对称，指独立存在，与同属于一人的他物合并使用而起辅助经济效益的物。一般从物的归属依主物的归属而定。本条的规定借鉴的是德国民法典和我国台湾地区“民法典”的有关规定，即“因主物有瑕疵而解除契约者，其效力及于从物。从物有瑕疵者，买受人仅得就从物之部分为解除”。其理由很简单，即从物附随于主物。

### 重点法条

第一百六十五条 标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除，但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同。

### 法条精解

本条是关于标的物为数物中的一物时，不符合约定而解除合同的规定。

本条是参考德国民法典和我国台湾地区“民法典”的有关规定作出的，即为买卖标的之数物中一物有瑕疵者，买受人仅得就有瑕疵之物为解除。其以总价金将数物同时卖出者，买受人并得请求减少与瑕疵物相当之价额。当事人之任何一方如因有瑕疵之物与他物分离而显受损害者，得解除全部契约。

### 重点法条

第一百六十六条 出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除。

出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除。

买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

### 法条精解

本条是对分批交付标的物的情况下解除合同的规定。

对于分批交付标的物的情况，如果出现出卖人不履行的情况，买受人要解除合同，应当受本条规定调整。它表现为三个层次：

1. 一般情况下，出卖人不履行某一批标的物的交付，买受人可以针对该批标的物不履行的情况要求出卖人承担违约责任。如果出卖人对该批标的物的不履行构成了根本违约，即本条所规定的“出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的”，买受人可以就该批标的物主张对整个合同的部分解除。

2. 出卖人对某批标的物的根本违约，如果将导致对该批之后各批的根本违约，买受人就有权解除合同中该批以及其后的这部分。法律并未说明属于这类情形的具体情况，因为合同实践是复杂的，法律只能作出一个原则性的规定。但是，某批的根本违约将致使今后各批的根本违约的情况必须是十分明显的，才能适用这一规定。



3. 某批标的物与整个合同的其他各批标的物可能是相互依存的, 或者说是不可分的, 否则整个合同的履行将不可能或者没有意义。在这种情况下, 买受人如果依法可以对该批标的物解除, 那么他就可以直接解除整个合同。

## 重点法条

第一百六十七条 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的, 出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。

出卖人解除合同的, 可以向买受人要求支付该标的物的使用费。

## 法条精解

### 1. 分期付款买卖的概念

分期付款买卖, 是指买受人将应付的总价款, 在一定期间内分次向出卖人支付的买卖合同。分期付款买卖也是一种特殊买卖, 其根本特征在于买受人在接受标的物后不是一次性支付价款, 而是将价款分成若干份, 分不同日期支付。

### 2. 分期付款买卖中出卖人的解除权

(1) 本条规定分期付款的出卖人只有在买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的  $\frac{1}{5}$  的, 才可以请求买受人支付到期以及未到期的全部价款或者解除合同。

(2) 法律对出卖人请求支付全部价款的特别约定的上述限制, 属于法律强制性规定。当事人在合同中不得限制、排除或者违反这些限制, 否则是无效的。

(3) 本条第2款规定, 出卖人解除合同的, 可以向买受人请求支付该标的物的使用费。这就是说, 一般情况下, 出卖人因买受人的原因解除合同时, 出卖人向买受人请求支付或者抵扣的金额, 不得超过相当于该标的物的使用费的金额。如果标的物有毁损, 那么出卖人当然还可以请求相应的损害赔偿。

## 真题示例

(2009-3-59) 曾某购买某汽车销售公司的轿车一辆, 总价款20万元, 约定分10次付清, 每次两万元, 每月的第一天支付。曾某按期支付六次共计12万元后, 因该款汽车大幅降价, 曾某遂停止付款。下列哪些表述是正确的?

- A. 汽车销售公司有权要求曾某一次性付清余下的八万元价款
- B. 汽车销售公司有权通知曾某解除合同
- C. 汽车销售公司有权收回汽车, 并且收取曾某汽车使用费
- D. 汽车销售公司有权收回汽车, 但不退还曾某已经支付的12万元价款

答案: ABC。

解析: 本题考核分期付款合同的违约救济问题。

根据《合同法》第167条第1款规定, 曾某与汽车销售公司之间签订是分期付款的买卖合同, 曾某在支付12万合同价款后拒绝支付, 未支付货款8万, 达到了全部价款的  $\frac{2}{5}$ , 超过了法定的  $\frac{1}{5}$  的界限。出卖人即汽车销售公司有权要求曾某一次性支付剩余8万元的价款或解除合同。因此, AB项正确。根据《合同法》第167条第2款可知, 如果汽车销售公司选择解除合同的话, 汽车销售公司有权收回汽车, 退还曾某已经支付的12万元价款, 同时要求曾某支付汽车使用费。因此, C项正确, D项错误。

## 重点法条

第一百七十条 试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期间。对试用期间没有约定或者约定不明确, 依照本法第六十一条的规定仍不能确定的, 由出卖人确定。

第一百七十一条 试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物, 也可以拒绝购买。试用期间届满, 买受人对是否购买标的物未作表示的, 视为购买。

## 法条精解

本条是对试用买卖试用期间的规定。

试用买卖是一种附条件的买卖, 指当事人双方约定由买受人试用或者检验标的物, 以买受人认可标的物为条件的买卖合同。试用买卖为买卖的一种。因此, 对于试用买卖除法律另有规定外, 应当适用一般买



卖的有关规定。但试用买卖为一种特殊的买卖，与一般买卖相比，自然具有其特殊性：①试用买卖约定由买受人试用或者检验标的物。②试用买卖以买受人认可标的物为生效条件的买卖。

标的物的试用期间是试用买卖合同中的重要条款，而试用买卖合同同样适用一般合同的自愿原则，合同当事人当然可以对标的物的试用期间进行约定。如果当事人在试用买卖合同中对试用期间没有约定或者约定不明确，那么首先应当依照本法总则第61条的规定予以确定。也就是说，当事人双方可以协议补充；双方不能达成补充协议的，按照试用买卖合同中的有关条款进行确定；仍然无法确定的，按照交易习惯确定；如果此时还不能确定，就由出卖人来确定试用的期间。

规定试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买，是为了明确试用买卖合同中买受人的基本权利。买受人对标的物的认可，完全取决于自己的意愿，而不受其他条件的限制。但在有些情形下，买受人虽未作出明确的认可表示，也视为认可。合同法也规定，试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

## 重点法条

第一百八十五条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

129. 赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的，应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。

## 法条精解

### 1. 赠与合同的概念

赠与合同，是指赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

### 2. 赠与合同的法律特征

(1) 赠与是一种合意，是双方的法律行为。赠与合同虽然属于单务、无偿合同，但仍需要有当事人双方一致的意思表示才能成立。如果一方有赠与意愿，而另一方无意接受该赠与的，赠与合同不能成立。在现实生活中，也会出现一方出于某种考虑而不愿接受对方赠与的情形，如遇此情况，赠与合同不成立。

(2) 赠与合同是转移财产所有权的合同。赠与合同是以赠与人将自己的财产给予受赠人为目的的合同，是赠与人转移财产所有权于受赠人的合同。这是赠与合同与借用合同的主要区别。

(3) 赠与合同为无偿合同。一般在赠与合同中，仅由赠与人无偿地将自己的财产给予受赠人，而受赠人取得赠与的财产，不需向赠与人偿付相应的代价。这是赠与合同与买卖合同等有偿合同的主要区别。

(4) 赠与合同是单务合同。在一般情况下，赠与合同仅由赠与人负有将自己的财产给予受赠人的义务，而受赠人并不负有义务。在附义务的赠与中，赠与人负有将其财产给付受赠人的义务，受赠人按照合同约定负担某种义务。但受赠人所负担的义务与赠与人所负义务并不是相互对应的。

(5) 赠与合同为诺成合同、不要式合同。

## 重点法条

第一百八十六条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

第一百八十八条 具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。

## 法条精解

赠与的任意撤销，是指赠与合同成立后，赠与财产的权利转移之前，赠与人可以根据自己的意思不再为赠与行为。法律规定赠与的任意撤销，源于赠与是无偿行为。

然而，对于任意性不加限制，则等同于赠与合同无任何约束力，既对受赠人不公平，也违背诚实信用原则，对社会道德也是一种冲击。因此对赠与的撤销应有如下限制：

1. 赠与的财产已转移其权利的，赠与人不得任意撤销赠与。如果赠与的财产一部分已交付并已转移其权利，任意撤销赠与与仅限于未交付并未转移其权利的部分，以维护赠与合同当事人双方权利义务关系的稳定。

2. 赠与合同订立后经公证证明的，赠与人不得任意撤销。换句话说，可以任意撤销的赠与合同限于未经公证的赠与合同。而赠与合同订立后，当事人交由公证部门公证，表明其赠与意愿的表达已十分慎重，





因此经过公证证明的赠与合同，赠与人不得任意撤销。

3. 具有社会公益、道德义务性质的赠与合同，不论当事人以何种形式订立，不论是否经过公证，也不问赠与的财产是否已转移其权利，赠与人均不得任意撤销。具有社会公益性质的赠与，主要是指为了救灾、扶贫、助学等目的或为了资助公共设施建设、环境保护等公共事业所为的赠与。此类赠与的公益性质，决定了赠与人不得任意撤销赠与。履行道德义务的赠与，由于当事人之间有着道义上的因素，如果允许赠与人任意撤销，则与道义不符。因此，此类的赠与也不得由赠与人任意撤销。

### 真题示例

(2008-3-5) 神牛公司在 H 省电视台主办的赈灾义演募捐现场举牌表示向 S 省红十字会捐款 100 万元，并指明此款专用于 S 省 B 中学的校舍重建。事后，神牛公司仅支付 50 万元。对此，下列哪一选项是正确的？

- A. H 省电视台、S 省红十字会、B 中学均无权请求神牛公司支付其余 50 万元
- B. S 省红十字会、B 中学均有权请求神牛公司支付其余 50 万元
- C. S 省红十字会有权请求神牛公司支付其余 50 万元
- D. B 中学有权请求神牛公司支付其余 50 万元

答案：C。

解析：《合同法》第 186 条规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。所以对于神牛公司尚未支付的 50 万，受赠人有权请求其支付。根据合同相对性原理，本题中赠与合同双方当事人是 S 省红十字会和神牛公司，所以 S 省红十字会有权请求神牛公司支付其余的 50 万元，答案 C 是正确的。

### 重点法条

第一百八十九条 因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿赔偿责任。

第一百九十一条 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

### 法条精解

在因赠与人故意或者重大过失导致赠与的财产失去功效或者不复存在，而致使履行不能时，赠与人可以免除交付赠与财产的义务，但应当承担给受赠人带来的其他损失的赔偿责任。

由于赠与合同为无偿合同，赠与是为了受赠人的利益而为的行为，因而赠与人对赠与财产的瑕疵担保责任，与有偿合同有所不同。该条的内涵有三个方面：

1. 赠与的财产有瑕疵的，赠与人原则上不承担责任。

2. 在附义务的赠与中，赠与的财产如有瑕疵，赠与人需在受赠人所附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

3. 赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，并且造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。赠与人故意不告知赠与的财产有瑕疵的，是有主观上的恶意，也有违诚实信用原则。因赠与财产的瑕疵给受赠人造成其他财产损失或者人身伤害的，应负损害赔偿责任。如果赠与人故意不告知瑕疵，但没有给受赠人造成损失，则不承担赔偿责任。赠与人保证赠与物无瑕疵，给受赠人造成损失的，也应承担损害赔偿责任。

### 重点法条

第一百九十条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

### 法条精解

1. 附义务的赠与的概念及其特征

附义务的赠与，也称附负担的赠与，是指以受赠人对赠与人或者第三人以一定给付为条件的赠与，也即使受赠人接受赠与后负担一定义务的赠与。附义务的赠与不同于一般的赠与，属于一种特殊的赠与。



## 2. 附义务的赠与特征

(1) 一般的赠与，受赠人仅享有取得赠与财产的权利，不承担任何义务。而附义务的赠与，赠与人对其赠与附加一定的条件，使受赠人承担一定的义务。

(2) 附义务的赠与，其所附义务有一定限度，通常低于赠与财产的价值。

(3) 一般情况下，在赠与人履行了赠与义务后，才发生受赠人义务的履行问题，但当事人另有约定的除外。

(4) 赠与所附义务，可以约定向赠与人履行，也可以约定向第三人履行，还可以约定向不特定的多数人履行。

(5) 履行赠与所负的义务，依照当事人的约定，可以是作为，也可以是不作为。

(6) 赠与所附义务，是赠与合同的组成部分，而不是另外的独立合同。

## 3. 附义务的赠与的效力

(1) 受赠人应当按照合同约定履行义务。赠与人向受赠人给付赠与财产后，受赠人应依约履行其义务。受赠人不履行的，赠与人有权要求受赠人履行义务或者撤销赠与。赠与人撤销赠与的，受赠人应将取得的赠与财产返还赠与人。

(2) 受赠人仅在赠与财产的价值限度内有履行其义务的责任。

(3) 在附义务的赠与中，赠与的财产如有瑕疵，赠与人在赠与所附义务的限度内，应当承担与出卖人相同的瑕疵担保责任。

### 真题示例

(2009-3-6) 甲将 300 册藏书送给乙，并约定乙不得转让给第三人，否则甲有权收回藏书。其后甲向乙交付了 300 册藏书。下列哪一说法是正确的？

- A. 甲与乙的赠与合同无效，乙不能取得藏书的所有权
- B. 甲与乙的赠与合同无效，乙取得了藏书的所有权
- C. 甲与乙的赠与合同为附条件的合同，乙不能取得藏书的所有权
- D. 甲与乙的赠与合同有效，乙取得了藏书的所有权

答案：D。

解析：本题考核附义务的赠与合同。甲乙之间的赠与合同属于附义务的赠与合同，而非附条件的赠与合同。该赠与合同自签订之日起生效，标的物自交付时起转移。因此，甲乙之间的赠与合同有效，乙取得了标的物藏书的所有权。因此，ABC 项错误，D 项说法正确。另外，附义务赠与合同的受赠人应当根据约定履行义务，如果受赠人不履行义务，赠与人有权请求受赠人履行义务或撤销赠与。

### 重点法条

第一百九十二条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- (一) 严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；
- (二) 对赠与人有扶养义务而不履行；
- (三) 不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。

### 法条精解

本条是对赠与人的法定撤销情形及撤销权行使期间的规定。

赠与合同的法定撤销，是指赠与合同成立后，在具备法律规定的情形时，撤销权人可以撤销赠与。赠与的法定撤销与任意撤销的不同点在于：第一，撤销赠与须依法律规定的事由；第二，只要具备法定事由，不论赠与合同以何种形式订立以至经过公证证明，不论赠与的财产是否已交付，也不论赠与是否属于社会公益和道德义务性质，享有撤销权的人均可以撤销赠与。

#### 1. 赠与人的法定撤销情形

依该条规定，赠与人可以撤销赠与的包括如下三项法定情形：

(1) 受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属。其要点，一是受赠人实施的是严重侵害行为，而不是轻微的、一般的侵害行为。二是受赠人侵害的是赠与人本人或其近亲属，包括配偶、直系亲属（父母、



子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女等)、兄弟姐妹。按照我国合同法的规定,受赠人只要严重侵害了赠与人或者赠与人的近亲属,赠与人即可撤销赠与,而限于故意和犯罪行为。

(2) 受赠人对赠与人有扶养义务而不履行。其要点在于:一是受赠人对赠与人有扶养义务。二是受赠人对赠与人有扶养能力,而不履行对赠与人的扶养义务。如果受赠人没有扶养能力或者丧失了扶养能力的,不产生赠与人撤销赠与的权利。

(3) 受赠人不履行赠与合同约定的义务。其要点在于:一是赠与合同约定了受赠人负有一定的义务。二是赠与人已将赠与的财产交付于受赠人。三是受赠人不履行赠与合同约定的义务。在附义务的赠与中,受赠人应当依约定履行其所负义务。在赠与人向受赠人交付了赠与的财产后,受赠人如不依约履行其义务,赠与人可以撤销赠与。

## 2. 撤销权的行使期间

撤销权人应当依法及时行使撤销权。赠与人行使撤销权的期间为1年,自知道或者应当知道撤销原因之日起计算。这一期间属于除斥期间,即法律对某种权利所预定的行使期间,不存在中止、中断和延长的问题。撤销权人如在法律规定的期间内不行使撤销权的,其撤销权即归于消灭。

## 重点法条

第一百九十三条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的,赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权,自知道或者应当知道撤销原因之日起六个月内行使。

## 法条精解

本条是对赠与人的继承人或者法定代理人的法定撤销情形及撤销权行使期间的规定。

赠与的撤销权本应属于赠与人,但因受赠人的违法行为致赠与人死亡或使其丧失民事行为能力时,赠与人的撤销权事实上已无法行使。而由赠与人的继承人或法定代理人行使撤销权,才能实现赠与人撤销赠与的权利与意愿。同时,也只有在赠与人不能行使其撤销权时,赠与人的继承人或法定代理人才有撤销赠与的权利。因而赠与人的继承人或法定代理人撤销赠与必须基于赠与人因受赠人的违法行为而致死亡或者丧失民事行为能力这一法定情形。

赠与人的继承人或法定代理人行使撤销权的期间为6个月,自知道或者应当知道撤销原因之日起计算。

## 重点法条

第一百九十五条 赠与人的经济状况显著恶化,严重影响其生产经营或者家庭生活的,可以不再履行赠与义务。

## 法条精解

本条是对赠与人可以不再履行赠与义务的法定情形的规定。

这一规定表明,在赠与合同订立后或者赠与人已经部分履行赠与义务后,赠与人的经济状况显著恶化,严重影响其生产经营或者家庭生活的,赠与人可以不再履行赠与合同约定的赠与义务或者不再履行赠与合同约定的但尚未履行的部分赠与义务。赠与人不再履行赠与义务,应当符合本条规定的法定条件:

1. 经济状况显著恶化,是发生在赠与合同成立之后,而不是成立之前。

2. 经济状况显著恶化,致使严重影响企业的生产经济,或者使个人的家庭生活发生困难,不能维持自己的正常生计,不能履行扶养义务等。符合上述条件的,不论赠与合同以何种方式订立,不论赠与的目的性质如何,赠与人可以不再履行尚未履行的赠与义务。

## 重点法条

第二百条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的,应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

## 法条精解

本条明确规定,贷款人在提供借款时不得预先将利息从本金中扣除。如果贷款人违反法律规定,仍在提供借款时将利息从本金中扣除的,那么,借款人只需按照实际借款数额返还借款并计算利息。



## 重点法条

第二百一十条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

第二百一十一条 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

121. 公民之间的借贷款，双方对返还期限有约定的，一般应按约定处理；没有约定的，出借人随时可以请求返还，借方应当根据出借人的请求及时返还；暂时无力返还的，可以根据实际情况责令其分期返还。

122. 公民之间的生产经营性借贷的利率，可以适当高于生活性借贷利率。如因利率发生纠纷，应本着保护合法借贷关系，考虑当地实际情况，有利于生产和稳定经济秩序的原则处理。

123. 公民之间的无息借款，有约定偿还期限而借款人不按期偿还，或者未约定偿还期限但经出借人催告后，借款人仍不偿还的，出借人要求借款人偿付逾期利息，应当予以准许。

124. 借款双方因利率发生争议，如果约定不明，又不能证明的，可以比照银行同类贷款利率计息。

## 法条精解

自然人之间的借款合同与金融机构作为主体的借款合同有所区别。其中最主要的一点就是自然人之间的借款合同是实践合同，该合同仅有双方当事人的合意不能成立，必须要有实际的交付行为，即合同是在贷款人提供借款时生效。因此，无论当事人的合同采取的是口头形式还是书面形式，合同都是在贷款人实际交付贷款时生效。自然人之间借款的，自贷款人交付借款时生效，有利于确定当事人的权利和义务，减少纠纷的发生。

自然人之间借款的则不一定都要支付利息，当事人可以约定支付利息，也可以约定不支付利息。当事人对利息没有约定或者约定不明确的，视为无息借款，借款人可以不向贷款人支付利息。

## 重点法条

第二百一十二条 租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

第二百一十四条 租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。

租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。

第二百一十五条 租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。

## 法条精解

### 1. 租赁合同的概念

所谓租赁合同，就是指出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。在租赁合同中，把自己的财产交给他人使用的人叫做出租人；使用他人财产并支付租金的人叫做承租人。

### 2. 租赁合同的特征

租赁合同的法律特征有以下几点：

(1) 租赁合同是诺成、有偿、双务合同。租赁合同的成立无须交付标的物或履行特定行为，故为诺成性合同，而非实践性合同；租赁合同承租人必须按规定或者按约定向出租人交付租金，因而是有偿合同；租赁合同当事人的任何一方从对方取得利益，均须支付一定的代价，出租人以转移租赁物的使用收益权而取得利益，承租人以交付租金而取得租赁物的使用收益，双方的权利与义务具有对应性、对价性，因此租赁合同是双务合同。

(2) 租赁合同是转移租赁物使用收益权和使用权的合同。租赁合同是以承租人一方取得对租赁物的使用收益为目的，在租赁期满后承租人应将租赁物返还出租人，因而租赁合同仅仅转移租赁物的使用收益权，并不转移租赁物的所有权，这一点使它区别于买卖合同、赠与合同等转移财产所有权的合同。所以，出租人在与承租人订立了房屋租赁合同后将房屋交由承租人居住，即将房屋的使用权在租赁期间交由承租人行使。

(3) 租赁合同是一种具有确定期限的合同。租赁合同具有临时性的特征，不能永久使用。虽然我国《合同法》在第215条中规定，租赁物期限6个月以上的租赁合同，应当采用书面形式，但同时也规定，当







事人未采用书面形式的，视为不定期租赁，而不是认定租赁合同不成立或者无效，可见，我国《合同法》对于租赁合同是作为不要式合同为一般情形的。当然，这并不排除其他法律或者法规对某些租赁合同作出需要特殊形式的规定，如房屋租赁合同期订立、变更、终止等应当采用书面形式，甚至要求登记。

(4) 租赁标的物只能是特定的非消耗物。租赁合同的标的物可以是动产，也可以是不动产。但因合同终止后，承租人必须把租赁物返还给出租人，因此租赁物只能是特定非消耗物，这一特征使之与消费借贷区别开来。

## 重点法条

第二百一十六条 出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。

第二百二十条 出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外。

第二百二十一条 承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。

第二百二十八条 因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金。

第二百三十一条 因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。

## 法条精解

出租人的义务具体来说，有以下几点：

1. 出租人的适租义务。①出租人应保证租赁物在租赁期间符合约定的用途。②租赁物存在安全隐患，危及承租人的安全或健康，承租人可以随时解除合同。

2. 出租人的维修义务。①出租人应当承担租赁物的维修义务。②出租人不履行维修义务，承租人自己维修的，承租人有权请求出租人承担维修费用。

3. 出租人的权利瑕疵担保义务。《合同法》第228条规定，因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，出租人应当承担违约责任，承租人可以要求减少租金或者不支付租金。

## 重点法条

第二百一十七条 承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当按照租赁物的性质使用。

第二百二十二条 承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

第二百二十三条 承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。

承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。

第二百二十四条 承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。

承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

第二百二十六条 承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，租赁期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付；租赁期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付。

第二百三十五条 租赁期间届满，承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或者租赁物的性质使用后的状态。

## 法条精解

承租人的义务具体来说有以下几点：

1. 适当使用租赁物的义务。承租人应当按照约定的用途或者租赁物的性质使用租赁物。承租人适当使

用租赁物的，对于租赁物的正常损耗，不承担责任。承租人违反适当使用义务的，出租人有权“解除合同”并要求赔偿损失。

2. 不得擅自转租的义务。

3. 妥善保管租赁物的义务。承租人因“过错”导致租赁物毁损、灭失的，应承担损害赔偿责任。

4. 不得擅自添附的义务。未经出租人的同意对租赁物进行添附的，出租人可以要求承租人承担违约责任或侵权责任。租赁期间届满，当事人对添附物的归属没有约定的，“能够拆除的，可以责令拆除；不能拆除的，也可以折价归出租人所有”（《民通意见》第86条）。

5. 支付租金的义务。

### 真题示例

（2009-3-60）甲将自己的一套房屋租给乙住，乙又擅自将房屋租给丙住。丙是个飞镖爱好者，因练飞镖将房屋的墙面损坏。下列哪些选项是正确的？

A. 甲有权要求解除与乙的租赁合同

B. 甲有权要求乙赔偿墙面损坏造成的损失

C. 甲有权要求丙搬出房屋

D. 甲有权要求丙支付租金

答案：ABC。

解析：本题考查承租人擅自转租的法律责任。

根据《合同法》第224条第2款规定，乙未经出租人甲同意擅自将房屋转租，出租人甲有权要求解除与承租人乙之间的租赁合同。因此，A项正确。根据《合同法》第224条第1款可知，即便是在出租人同意转租的情况下，第三人对租赁物造成损失的，承租人承担赔偿责任。本题中，承租人乙没有经过出租人甲的同意转租给丙，就丙对墙面的损害，甲有权要求乙承担赔偿责任。因此，B项正确。甲没有同意乙转租给丙，且甲、丙之间没有任何租赁协议，甲是房屋的所有人，甲有权要求丙搬出房屋。因此，C项正确。本题中，甲、丙之间没有租赁协议，甲无权要求丙支付租金。因此，D项错误。

### 重点法条

第二百一十九条 承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失。

### 法条精解

本条是关于承租人没有履行按约定方法使用租赁物的义务的法律后果的规定。

本条所要解决的问题是，承租人违反约定的方法使用租赁物，使租赁物受到损失的责任。本条规定了出租人对承租人的违约行为的救济手段，即可以解除合同并要求赔偿损失。这里规定的是出租人可以行使解除权，赋予出租人自主决定的权利。如果出租人还愿意使该租赁合同继续下去，并且承租人的违约行为对租赁物造成的损失并不大，可以采取适当措施予以挽回，那么出租人可以先阻止承租人的违约行为，承租人予以及时改正的，又对损失进行了及时补救的，出租人也可以不解除合同。但已经造成的损失，承租人应当赔偿。如果承租人经出租人劝阻仍不加以改正的，出租人可以单方解除合同，对承租人给出租人造成的损失，出租人可以请求其损害赔偿。

### 重点法条

第二百二十七条 承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

### 法条精解

本条是关于承租人违反支付租金义务的法律后果的规定。

承租人应当按照合同约定的时间、金额、方式向出租人支付租金，这是因为承租人取得租赁物的使用权是以支付租金为代价的。出租人出租租赁物的目的就是收取租金，承租人能按时足额支付租金，出租人通过让渡财产使用权而获得租金收入的合法权利才能得到保障。

本条规定，承租人在租赁期间无正当理由不得拒付和迟延支付租金。所谓正当理由包括几种情况：一是不可抗力或意外事件，使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人已无法对租赁物使用、收益，承租人可以请求不支付租金。二是因出租人没有履行义务，如交付的租赁物不符合约定的使用要求；在租赁期



间租赁物出现质量问题，出租人不尽维修义务的。三是因承租人本身发生一些意外事件致使其暂时无力支付租金。

承租人无正当理由未支付或迟延履行租金的是一种违约行为，当然要承担一定的违约责任。承租人不支付租金虽然是一种根本违约行为，但出租人并不一定要马上解除合同，为了保持合同的稳定性，可以给承租人对违约的补救机会。因此本条规定，出租人通知承租人，要求其在合理的期限内支付。该合理期限应当根据到期租金的数额、承租人的支付能力以及出租人的经济状况等因素来确定。承租人经催告后在合理的期限内仍不支付租金的，出租人可以解除合同。租赁合同被解除后，租赁期间尚未届满的，合同终止履行，承租人应返还租赁物，承租人欠付的租金以及对出租人造成的损害，应当进行清算。

## 重点法条

第二百二十九条 租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

## 法条精解

### 1. 租赁权物权化

租赁权的物权化是指在租赁关系存续期间，承租人对租赁物的占有使用可以对抗第三人，即使是该租赁物所有权人或享有其他物权的人也不例外。

本条主要规定的是租赁物的所有权发生变动时，租赁合同的效力问题。在租赁合同中有一个基本的制度叫“买卖不破租赁”。买卖不破租赁是指当出租人在租赁合同有效期内将租赁物的所有权转让给第三人时，租赁合同对新所有人有效。

买卖不破租赁并不限于出租人出售租赁物的行为，还应包括租赁物抵押、赠与以及遗赠、互易甚至将租赁物作为合伙投资等情况，上述情况都会涉及租赁物的所有权变动问题。

### 2. 买卖不破租赁的具体含义

本条规定，租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。这里所说的不影响租赁合同的效力是指，租赁物的所有权发生变动后，其设定在该租赁物上的租赁合同仍然存在，在承租人与受让人之间无须另行订立租赁合同，受让人在受让该租赁物的所有权时就与承租人产生了租赁合同关系，成为一个新的出租人，继承原出租人的权利和义务，受让人要受该租赁合同的约束。如果出租人没有将所有权变动的事项通知承租人，承租人向原出租人支付的租金效力及于受让人。

### 3. 适用买卖不破租赁的条件

- (1) 租赁合同已成立并生效。
- (2) 租赁物已交付承租人。
- (3) 所有权发生变动是在租赁期间。
- (4) 出租人或租赁物的所有人将租赁物的所有权让与了第三人。

具备上述条件，即使买受人不知道该租赁合同存在，租赁关系仍然能够对抗该买受人。

## 真题示例

(2007-3-95) 2007年4月2日，王某与丁某约定：王某将一栋房屋出售给丁某，房价20万元。丁某支付房屋价款后，王某交付了房屋，但没有办理产权移转登记。丁某接收房屋作了装修，于2007年5月20日出租给叶某，租期为2年。2007年5月29日，王某因病去世，全部遗产由其子小王继承。小王于2007年6月将该房屋卖给杜某，并办理了所有权移转登记。如杜某向丁某、叶某请求返还房屋，下列选项正确的是：

- A. 杜某无权请求丁某返还房屋
- B. 杜某有权请求丁某返还房屋
- C. 杜某无权请求叶某返还房屋
- D. 杜某有权请求叶某返还房屋

答案：BC。

解析：我国法律并未一概禁止“一物二卖”。从本题提供的信息来看，小王与杜某之间不存在恶意串通，二者之间的房屋买卖合同应为有效，加之双方业已办理了房屋所有权移转登记，可以认为杜某已合法有效取得房屋的所有权。杜某可以基于所有物返还请求权要求丁某返还房屋。因此A项错误，B项正确。王某依据买卖合同将房屋交付给丁某后，丁某将其出租给叶某，丁某与叶某之间的房屋租赁合同有效。《合同法》第229条规定，租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。尽管小王通过继承



取得房屋的所有权，继而杜某通过买卖取得房屋的所有权，均不影响叶某的租赁权，杜某无权请求叶某返还房屋。因此 C 项正确，D 项错误。

## 重点法条

第二百三十条 出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。

### 【关联法条】

#### 《民通意见》

118. 出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。

119. 承租户以一人名义承租私有房屋，在租赁期内，承租人死亡，该户共同居住人要求按原租约履行的，应当准许。

私有房屋在租赁期内，因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的，原租赁合同对承租人和新房主继续有效。

未定租期，房主要求收回房屋自住的，一般应当准许。承租人有条件搬迁的，应责令其搬迁；如果承租人搬迁确有困难的，可给一定期限让其找房或者腾让部分房屋。

#### 《担保法》

第四十八条 抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。

#### 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》

第二十一条 出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

## 法条精解

本条是关于房屋租赁的承租人对租赁的房屋优先购买权的规定。

### 1. 优先购买权的概念

优先购买权是指民事主体在特定买卖的同等条件下，依法享有优先于他人购买财产的权利。承租人的优先购买权则是指承租人在出租人出卖租赁物时，在同等条件下优先购买该租赁物的权利。

### 2. 优先购买权的基本特征

(1) 它是一种法定的权利，是由法律直接规定的。

(2) 它是承租人所享有的对出租人出卖房屋的请求权，因此，出租人出卖租赁的房屋时必须及时通知承租人。这种请求权是一种债权，不是直接对物享有权利，也不能直接对抗第三人，优先权行使前不影响出卖人与其他人进行协商。

(3) 它是专属于承租人的权利，这种优先权不能通过转让或者继承转移至他人。

(4) 它是一种附条件的形成权，即以同等条件为前提。

### 3. 优先购买权的实现条件

(1) 在租赁合同的存续期间。

(2) 在同等的条件下购买。在非同等条件下，承租人不能享有优先购买权。同等条件是指承租人与其他购买人在买卖条件上等同，包括买卖的价格、付款的期限和方式等。

(3) 必须在一定期限内行使。如果出租人通知承租人将要出卖租赁的房屋，并提出了一定的期限，而承租人在合理期限内没有购买的意思表示，优先购买权丧失。这说明承租人并不想购买该房屋，也就没有保护的必要了。

## 重点法条

第二百三十二条 当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。





## 【关联法条】

### 《合同法》

第二百一十五条 租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。

### 法条精解

本条是关于租赁期限没有约定或者约定不明确时的法律后果的规定。

租赁合同是出租人与承租人之间定期或者不定期地转移租赁物的占有权、使用权的合同。从是否规定有租赁期限来看，租赁合同分为定期租赁合同和不定期租赁合同两种。定期租赁合同的当事人在合同中约定了租赁期限，合同于约定的租赁期限届满时终止。

租赁合同当事人也可以不约定期限，这就是不定期租赁合同。根据本条规定，当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确时，应首先依照本法第61条的规定进行协议补充，即由出租人和承租人就租赁期限进行再协商，如果能够达成协议，合同即按照补充协议的期限履行。仍不能达成补充协议的，则依照合同有关条款或者交易习惯加以确定。如果合同双方当事人既不能就租赁期限达成补充协议，又不能根据合同条款或者交易习惯加以确定，只要出租人没有收回租赁物的意思，同时也没有收回行为并且继续收取租金的，就表明租赁关系仍然存在，但这时的租赁视为不定期租赁，双方当事人可以随时解除合同。如果承租人在使用租赁物后已达到了其预期目的，同时履行了其义务，可以提出终止合同的履行；如果出租人对租赁物有客观原因需要利用，而非出于其他恶意，可以在保障承租人利益不受损害的情况下，收回租赁物。但出租人解除合同时，应依诚实信用原则，在一个合理期限之前通知承租人。

### 重点法条

第二百三十三条 租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

### 法条精解

本条是关于租赁物质量不合格时承租人的解除权的规定。

租赁合同的出租人如同买卖合同的出卖人一样，对租赁物负有瑕疵担保责任。出租人的瑕疵担保责任包括物的瑕疵担保责任（也称质量瑕疵担保责任）和权利瑕疵担保责任。出租人的权利瑕疵担保是指出租人应担保不因第三人对承租人主张权利而使承租人不能为使用收益。出租人的物的瑕疵担保是指出租人应担保所交付的租赁物能够为承租人依约正常使用收益。

构成出租人的物的瑕疵担保责任的条件有两个：

1. 租赁物有瑕疵。租赁物有瑕疵亦即标的物的品质或者数量不符合约定的标准，或者不符合标的物的通常使用状态。租赁物无论是在交付前还是于交付后发生瑕疵的，出租人均负有瑕疵担保责任。

2. 承租人于合同订立时不知租赁物有瑕疵，也不存在可以免除出租人责任的情形。

但是，为保证承租人一方的人身安全或者健康，在住房租赁中，出租人对于房屋的质量应负严格的产品责任，也就是说，只要房屋的质量不合格，危及承租人的人身安全或者健康时，无论承租人在订立合同时知道与否，承租人均有权随时解除合同。我国在制定合同法时，扩大了这一原则的适用范围。该原则不仅适用于房屋租赁，还适用于所有租赁物。根据本条规定，租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

### 重点法条

第二百三十六条 租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。

### 法条精解

#### 1. 定期租赁与不定期租赁

本条是关于租赁期间届满承租人继续使用租赁物的规定。从是否规定有租赁期限看，租赁可分为定期租赁和不定期租赁。在不定期租赁中，当事人在合同中未约定租赁期限，因此任何一方当事人均可以随时解除合同。定期租赁合同的当事人在合同中约定了租赁期限，合同于租赁期间届满即告终止。但是当事人



于合同约定的期间届满时也可以续订合同。续订合同又称为期限更新，它不同于一般合同中履行期限的变更。前者是两个合同关系，后者只是一个合同关系。租赁合同期限更新只能发生于租赁期限（约定或者法定的期限）届满之时。

## 2. 续订合同的两种方式

租赁双方当事人更新期限续订合同有两种方式：约定更新和法定更新。约定更新又称明示更新，是指合同当事人于租赁期间届满后另订一合同，约定延长租赁期限。法定更新又称默示更新，是指租赁期间届满后，合同当事人的行为表明其租赁关系继续存在。本条即是对法定更新的规定。根据本条规定，租赁期间届满，承租人仍继续对租赁物为使用收益，出租人亦不反对；承租人继续支付租金，而出租人也接受了。当事人有此行为即可以推定双方有继续租赁关系的意向，租赁期限视为更新。但在这种情况下，当事人之间的定期租赁更改为不定期租赁，任何一方当事人均可以随时解除合同。

### 重点法条

第二百三十七条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

### 法条精解

融资租赁合同包含了三个方面的含义：

1. 出租人按照承租人的要求出资购买租赁物，这是融资租赁合同不同于租赁合同的一个显著的特点。在租赁合同中出租人是将自己现存的租赁物出租给承租人进行使用、收益，由承租人支付租金。但在融资租赁合同中，出租人是根据承租人对租赁物的选择去购买租赁物，然后将其出租给承租人使用，所以在这个意义上说，这种合同为承租人起到了融资的功能，使其仅仅支付比较少的租金的代价就可以获得自己需要的租赁物的使用权。

2. 出租人须将购买的租赁物交付给承租人使用收益。在融资租赁合同中，出租人花费了较大的代价购买了承租人指定的租赁物并非为了自己使用，而是为了将其出租给承租人进行使用、收益，所以该合同虽然涉及买卖，但买卖的最直接的目的就是为了出租，这是不同于普通的买卖合同之处。

3. 承租人必须向出租人支付租金。租金是承租人使用租赁物的代价，在融资租赁合同中，承租人必须支付租金才能取得对租赁物的使用权，这也是该合同的“租赁”特性。

### 重点法条

第二百三十九条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

第二百四十条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

第二百四十四条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任，但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

第二百四十六条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身伤害或者财产损害的，出租人不承担责任。

第二百四十七条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

第二百四十九条 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求部分返还。

第二百五十条 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

### 法条精解

这些条款规定了融资租赁合同当事人的权利与义务。

#### 1. 出租人部分义务的豁免

(1) 出租人不承担租赁物的瑕疵担保责任。①租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承



担责任，由出卖人承担责任，出租人仅有协助的义务。②承租人“依赖”出租人的技能确定租赁物或者出租人“干涉”选择租赁物的，出租人应当承担瑕疵担保责任。

(2) 出租人不承担租赁物的维修义务。承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

(3) 出租人不承担租赁物致人损害的责任。承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身伤害或者财产损害的，出租人不承担责任。

## 2. 承租人的权利

(1) 出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

(2) 承租人对出卖人和租赁物选定后，出租人未经承租人的同意，不得变更出租人与出卖人之间的买卖合同。

## 3. 承租人支付租金的义务

承租人应当按照约定支付租金。由于租金并非融物的对价而是融资的对价，承租人支付租金的义务有以下特点：

(1) 租赁物存有瑕疵时，承租人不得拒付租金；

(2) 在租赁期间，若租赁物因不可归责于当事人双方的事由毁损灭失，致使承租人无法使用租赁物的，承租人仍应支付租金，而不能免除或者减少其支付租金的义务（换言之，承租人承担租金风险）；

(3) 因承租人违约而由出租人收回标的物（解除合同）时，承租人不能以标的物的收回而拒绝履行支付租金的义务。

当事人对租赁期间以及租赁期间届满后租赁物所有权的归属没有约定的，租赁物的所有权归“出租人”；承租人破产的，租赁物不属于破产财产，出租人享有取回权。

## 重点法条

第二百五十一条 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

## 法条精解

本条规定了承揽合同的定义和承揽合同的主要种类。

### 1. 承揽合同的概念

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成一定的工作，并将工作成果交付给定作人，定作人接受该工作成果并按照约定向承揽人给付报酬的合同。承揽合同的主体是承揽人和定作人。承揽人就是按照定作人指示完成特定工作并向定作人交付该工作成果的人。定作人是要求承揽人完成承揽工作并接受承揽工作成果、支付报酬的人。承揽人和定作人可以是法人或者其他组织，也可以是自然人。

### 2. 承揽合同的特征

(1) 承揽合同以完成一定工作为目的；

(2) 承揽合同的标的物具有特定性；

(3) 承揽合同的承揽人应以自己的设备、技术和劳力，独立完成主要工作。

3. 本条第二款所列的加工、定作等工作都直接源自经济合同法中的加工承揽的有关规定。但本章所调整的范围不仅仅包括所列的这几种承揽工作。承揽合同是现实经济生活中适用极为广泛的一类合同，是满足公民、法人的生产、生活的特殊需要的一种法律手段。因此就我国现实经济生活而言，任何符合本条第1款所定义的行为，如印刷、洗染、打字、翻译、拍照、冲卷扩印、广告制作、测绘、鉴定等都属于本章所调整的承揽工作。

## 重点法条

第二百五十三条 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

第二百五十四条 承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。



## 1. 承揽合同的原则性规定

承揽合同的原则性规定：承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作。

承揽合同的标的物是定作人所要求的，由承揽人完成工作成果。该工作成果既可以是体力劳动成果，也可以是脑力劳动成果；可以是物，也可以是其他财产。但其必须具有特定性，是按照定作人特定要求，只能由承揽人为满足定作人特殊需求通过自己与众不同的劳动技能而完成的。如果定作人所需的标的物能够从市场上任意买到，定作人就不必通过订立承揽合同要求承揽人来完成。因此，承揽合同的本质特点决定了该合同是建立在对承揽人的工作能力信任的基础上，承揽人应当以自己的设备、技术和劳力完成承揽的主要工作。

## 2. 例外规定

合同法从尊重当事人意思自治原则出发，规定了当事人如果约定，承揽人必须完成所有的承揽工作的，承揽人不仅应当亲自完成主要工作，其他工作也要由承揽人本人完成。如果当事人约定或经定作人同意，承揽人可以将工作的主要部分交由第三人完成的，承揽人可以将所承揽的工作交由第三人完成，但承揽人应当对第三人的工作对定作人负责。

## 3. 承揽人违约责任的承担

承揽人擅自将工作交由第三人完成的，将构成根本违约，此时，定作人可以选择两种方式要求承揽人承担合同责任。一种是定作人要求承揽人对第三人完成的工作成果向定作人负责。另一种是通知承揽人解除合同。因解除合同给定作人造成损失的，定作人可以要求承揽人承担损害赔偿赔偿责任。

## 4. 辅助工作可交付第三人

承揽合同中，承揽人应当以自己的设备、技术和劳力完成承揽工作的主要部分，如果将主要工作交由第三人完成的，必须经过定作人的同意，否则，承揽人应当承担违约责任。但是，承揽人将承揽的辅助工作交由第三人完成可以不必经定作人同意。这里的“辅助工作”是指承揽工作中主要工作之外的部分，是相对于“主要工作”而言的。“主要工作”一般是指对工作成果的质量起决定性作用的工作，也可以说是技术要求高的那部分工作。主要工作之外的工作就可以理解为辅助性工作。根据承揽合同的性质，承揽人应当在约定的期限内提供符合定作人要求的工作成果，也就是说，承揽人对工作的完成承担全部的责任，即使承揽人根据本条规定将辅助性工作交由第三人完成，也要对整个的工作负责，也就是说，第三人完成的工作不符合定作人的要求，承揽人应当向定作人承担违约责任。

## 真题示例

(2006-3-53)育才中学委托利达服装厂加工 500 套校服，约定材料由服装厂采购，学校提供样品，取货时付款。为赶时间，利达服装厂私自委托恒发服装厂加工 100 套。育才中学按时前来取货，发现恒发服装厂加工的 100 套校服不符合样品要求，遂拒绝付款。利达服装厂则拒绝交货。下列哪些说法是正确的？

- A. 育才中学可以利达服装厂擅自外包为由解除合同
- B. 如育才中学不支付酬金，利达服装厂可拒绝交付校服
- C. 如育才中学不支付酬金，利达服装厂可对样品行使留置权
- D. 育才中学有权要求恒发服装厂承担违约责任

答案：ABC。

解析：《合同法》第 253 条规定，育才中学可以利达服装厂擅自外包为由解除合同，A 项是正确的。同时育才中学应当根据合同支付利达服装厂制作的 400 套校服的货款，如果不支付的，利达服装厂有权根据《担保法》和《合同法》的规定拒绝交付校服和样品，并行使留置权，所以 B 项和 C 项也正确。至于 D 项，根据合同相对性原则，育才中学无权要求恒发厂承担违约责任。因此本题的正确选项是 ABC。

## 重点法条

第二百六十八条 定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

## 法条精解

本条是关于定作人解除权的规定。

根据本条的规定，定作人可以随时解除合同。在承揽合同中，定作人除了享有本法总则规定的解除权







外，他可以享有随时解除合同的权利，这是承揽合同的一大特点，也是由承揽合同性质所决定的。承揽合同是定作人为了满足其特殊需求而订立的，承揽人根据定作人的指示进行工作，如果定作人于合同成立后由于各种原因不再需要承揽人完成工作，则应当允许定作人解除合同。定作人解除合同的前提是赔偿承揽人的损失。这样处理，既可以避免给定作人造成更大的浪费，也不会给承揽人造成不利。

定作人行使随时解除权的，应当符合以下要求：

1. 定作人应当在合同有效期内提出解除合同。
2. 定作人根据本条解除的，应当通知承揽人。解除通知到达承揽人时，解除生效，合同终止，承揽人可以不再进行承揽工作。
3. 定作人根据本条解除承揽合同造成承揽人损失的，应当赔偿损失。这些损失主要包括承揽人已完成的工作部分所应当获得的报酬、承揽人为完成这部分工作所支出的材料费以及承揽人因合同解除而受到的其他损失。
4. 合同解除后，承揽人应当将已完成的部分工作交付定作人。定作人提供材料的，如有剩余，应当返还定作人。定作人预先支付报酬的，在扣除已完成部分的报酬外，承揽人应当将剩余价款返还定作人。

## 重点法条

第二百六十九条 建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

第二百七十条 建设工程合同应当采用书面形式。

## 法条精解

本条是关于建设工程合同定义和基本内容的规定。第1款规定的建设工程合同的定义，体现了合同双方当事人即发包人和承包人的基本义务。承包人的基本义务就是按质按期地进行工程建设，包括勘察、设计和施工。发包人的基本义务就是按照约定支付价款。本条第二款规定了建设工程合同的主要内容。一项工程一般包括勘察、设计和施工等一系列过程，因此建设工程合同通常包括工程勘察、设计、施工合同。建设工程合同除双方当事人意思表示达成一致外，还应当采用书面形式明确双方的权利义务。

## 重点法条

第二百七十二條 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。

禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

## 法条精解

### 1. 转包合同的相关规定

(1) 概念：转包合同，指承包人以营利为目的，将承包的工程“全部”交由第三人完成的行为。

(2) 法律效果：①转包合同一律无效；②承包人非法转包的，发包人有权解除建设工程施工合同；③收缴当事人已经取得的非法所得。

### 2. 分包合同

(1) 合法分包合同。合法分包合同，指建设工程的承包方（勘察人、设计人、施工人）经发包方同意后，依法将其承包的“部分”工程交给第三人完成的行为。

合法分包应具备三个条件：①经发包人同意；②被分包的工程只能是承包人承包的“部分”工作；③被分包的工程不能是承包人承包的主体工程；④分包人具有相应的资质；⑤只能分包一次，分包人不得再分包。

(2) 违法分包合同。违法分包合同，指承包人违反法律的强制性规定而与第三人订立的分包合同。下

列违法分包合同均属无效合同：①承包人将其承包的全部建设工程肢解后以分包的名义分别承包给第三人；②分包人不具有相应的资质；③承包人将自己承包工程的主体结构分包给第三人；④分包人将其分包的工程再分包。

(3) 分包人的连带责任。无论是合法分包合同还是违法分包合同，工程质量不合格的，分包人与承包人对发包人承担连带责任。具体而言：①分包合同有效的，分包人与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任；②违法分包或者非法转包的，因建设工程质量发生争议，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

### 真题示例

(2006-3-62) 甲大学与乙公司签订建设工程施工合同，由乙为甲承建新教学楼。经甲同意，乙将主体结构的施工分包给丙公司。后整个教学楼工程验收合格，甲向乙支付了部分工程款，乙未向丙支付工程款。下列哪些表述是错误的？

- A. 乙、丙之间分包合同有效
- B. 甲可以撤销与乙之间的建设工程施工合同
- C. 丙可以乙为被告诉请支付工程款
- D. 丙可以甲为被告诉请支付工程款，但法院应当追加乙为第三人

答案：ABD。

解析：《合同法》第 272 条规定乙将主体结构的施工分包给丙公司违反了法律强制规定而无效。故 A 项错误。甲乙之间建设工程施工合同合法、有效，并不存在瑕疵，所以甲可以撤销与乙之间的合同是错误的，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 26 条第 1 款规定，实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。故 C 项正确。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 26 条第 2 款规定，法院只是可以追加分包人为当事人，并非是应当追加，所以 D 项错误。

### 重点法条

第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

#### 【关联法条】

#### 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》

一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。

二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

三、建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

五、本批复第一条至第三条自公布之日起施行，第四条自公布之日起六个月内施行。

### 法条精解

#### 1. 承包人优先受偿权的构成要件

- (1) 建设工程合同有效；如果合同无效，承包人不享有优先受偿权。
- (2) 发包人不支付到期价款。
- (3) 经承包人催告后，发包人在合理期限内仍未支付。
- (4) 建设工程在性质上适宜折价或拍卖。

#### 2. 承包人优先受偿权的行使

根据《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，承包人行使优先受偿权具有以下效力与限制：





- (1) 承包人有权以建设工程折价或者以拍卖建设工程的价款优先清偿发包人欠付的工程价款。
- (2) 承包人的优先受偿权优先于普通债权；也优先于在建设工程上设定的抵押权。
- (3) 消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人的优先受偿权不得对抗买受人。
- (4) 建设工程承包人行使优先权的期限为6个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

### 重点法条

第二百八十八条 运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

### 法条精解

本条是对运输合同含义的规定。运输合同的定义包含了以下几方面的内容：

1. 运输合同的主体是承运人和旅客、托运人。
2. 运输合同中的托运人有时就是收货人，但是在多数情况下，另有收货人，此时，收货人不是运输合同的一方当事人。
3. 运输合同是承运人将旅客或者货物运输到约定地点。由此可见运输合同的客体是承运人运送行为，不是货物和旅客。
4. 在运输合同中，承运人的义务是将旅客或者货物运输到约定地点，权利是收票款或者运费；而旅客、托运人的权利和义务与其对应，权利是要求承运人将其运输到约定地点，义务是向承运人支付票款或者运费。这里的票款是指在旅客运输合同中，旅客向承运人支付的报酬；这里的运费是指在货物运输合同中，托运人向承运人支付的报酬。

### 重点法条

第二百九十三条 客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

### 法条精解

本条是对旅客运输合同的成立时间所作的规定。客运合同，即旅客运输合同，是承运人与旅客关于承运人将旅客及其行李安全运输到目的地，旅客为此支付运费的协议。

客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，属即时清结的合同形式。但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。客运合同是一种较特殊的合同，他的运输标的是人而不是物，所以，客运合同具有其特殊性。

### 重点法条

第二百九十四条 旅客应当持有效客票乘运。旅客无票乘运、超程乘运、越级乘运或者持失效客票乘运的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款。旅客不交付票款的，承运人可以拒绝运输。

第二百九十六条 旅客在运输中应当按照约定的限量携带行李。超过限量携带行李的，应当办理托运手续。

第二百九十七条 旅客不得随身携带或者在行李中夹带易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者其他违禁物品。

旅客违反前款规定的，承运人可以将违禁物品卸下、销毁或者送交有关部门。旅客坚持携带或者夹带违禁物品的，承运人应当拒绝运输。

### 法条精解

客运合同中旅客的主要义务

#### 1. 旅客有持有效客票乘运的义务

客票为表示承运人有运送其持有人义务的书面凭证，是收到旅客承运费用的收据。客票并非旅客运输合同的书面形式，但它却是证明旅客运输合同的唯一凭证，也是旅客乘运的唯一凭证。因此，无论采用哪一种运输方式，旅客均须凭有效客票才能承运，除特别情形外，不能无票承运。旅客无票乘运、超程乘运、越级乘运或者持失效客票乘运的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款。旅客不交付票款的，承运人可以拒绝运输。

## 2. 旅客有限量携带行李的义务

旅客在运输中应当按照约定的限量携带行李。超过限量携带行李的,应当办理托运手续。

## 3. 旅客有不随身携带或者在行李中夹带违禁物品的义务

旅客不得随身携带或者在行李中夹带易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者其他违禁物品。旅客违反规定的,承运人可以将违禁物品卸下、销毁或者送交有关部门。旅客坚持携带或者夹带违禁物品的,承运人应当拒绝运输。另外,旅客随身携带或在行李中夹带违禁品的,还应承担相应行政责任,情节严重的,还须承担刑事责任。

### 重点法条

**第二百九十八条** 承运人应当向旅客及时告知有关不能正常运输的重要事由和安全运输应当注意的事项。

**第二百九十九条** 承运人应当按照客票载明的时间和班次运输旅客。承运人迟延运输的,应当根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票。

**第三百条** 承运人擅自变更运输工具而降低服务标准的,应当根据旅客的要求退票或者减收票款;提高服务标准的,不应当加收票款。

### 法条精解

客运合同中旅客的主要义务:

1. 承运人的告知义务。承运人应当向旅客及时告知有关不能正常运输的重要事由和安全运输应当注意的事项。所谓有关不能正常运输的重要事项,是指因承运人的原因或天气等原因使运输时间迟延,或运输合同所约定的车次、航班取消等影响旅客按约定时间到达目的地的事项。所谓安全运输应当注意的事项,是指在运输中为保障旅客的人身、财产安全,需要提醒旅客注意的事项。

2. 承运人有按照客票载明的时间和班次运输旅客的义务。客票是证明旅客运输合同有效成立的书面凭证,客票上所载明的时间、班次是经承运人和旅客双方当事人意思表示一致,从而成为合同内容的重要组成部分,对此,双方均应按约定履行。承运人只有按客票载明的时间、班次运输,才属于全面、适当地履行了合同。对于承运人未按客票载明的时间和班次进行运输的,旅客有权要求安排改乘其他班次、变更运输路线以到达目的地或者退票。

3. 承运人的安全运送义务。运输合同生效后,承运人负有将旅客安全送达目的地的义务,即在运输中承运人应保证旅客的人身安全。对旅客在运输过程中的伤亡,承运人应承担损害赔偿责任。但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。这种免责事由的规定,说明承运人应对旅客的人身伤亡承担无过错责任。承运人对旅客伤亡的赔偿责任及其免责事由的适用,不仅限于正常购票乘车的旅客,也适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。

除上述旅客外,对于无票乘车又未经承运人许可的人员的伤亡,因没有合法有效的合同关系存在,承运人不承担违约的赔偿责任。承运人负有安全运输旅客自带物品的义务。在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失,承运人有过错的,应当承担损害赔偿责任。

### 重点法条

**第三百零一条** 承运人在运输过程中,应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。

**第三百零二条** 承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任,但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。

前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。

**第三百零三条** 在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失,承运人有过错的,应当承担损害赔偿责任。

旅客托运的行李毁损、灭失的,适用货物运输的有关规定。

### 法条精解

1. 承运人对旅客的救助义务

承运人在运输过程中,应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。“患有疾病、分娩”指旅客因自身的健康情况而遭到困难;“遇险”指旅客因意外事故、自身的原因或因他人殴打、犯罪行为而遭遇生命、健康危险。

不论旅客遭遇困难的原因如何,承运人都应尽力救助,否则即属违反安全运输义务(安全保障义务在





客运合同中的体现), 应当承担违约责任或者侵权责任。

## 2. 承运人对旅客人身伤害的赔偿责任

《合同法》第302条规定, 承运人对旅客在运输过程中的伤亡承担无过错责任。该无过错责任也适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票乘客。

法定免责事由有二: ①伤亡是旅客自身的健康原因造成的; ②承运人能够证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的。

## 3. 承运人对旅客携带的财产之损害的赔偿责任

(1) 承运人对旅客自带行李损害的赔偿责任。《合同法》第302条第1款规定, 承运人对旅客自带行李的毁损、灭失承担过错责任。

(2) 承运人对旅客托运行李损害的赔偿责任。《合同法》第302条第2款规定, 承运人对旅客托运的行李的毁损、灭失, 依照货物运输合同的规定, 承担无过错责任(免责事由参见《合同法》第311条)

### 真题示例

(2004-3-57) 根据合同法的规定, 承运人对运输过程中发生的下列哪些旅客伤亡事件不承担赔偿责任?

- A. 一旅客因制止扒窃行为被歹徒刺伤
- B. 一旅客在客车正常行驶过程中突发心脏病身亡
- C. 一失恋旅客在行车途中吞服安眠药过量致死
- D. 一免票乘车婴儿在行车途中因急刹车受伤

答案: BC。

解析: 根据《合同法》第302条规定, B、C项为正确答案。免票婴儿属于按照规定免票的无票旅客, 因急刹车受伤情形, 可以要求承运人予以赔偿。

### 重点法条

第三百一十一条 承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任, 但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的, 不承担赔偿责任。

### 法条精解

在货物运输中, 承运人应当将货物安全运输到目的地。承运人应当对自接受货物时起至交付货物时止所发生的货物的毁损、灭失承担赔偿责任。这里的“毁损”是指搬运的货物因损坏而价值减少; “灭失”是指承运人无法将货物交付给收货人, 既包括货物物质上的灭失, 也包括占有的更新丧失及法律上不能回复占有的各种情形。运输行为是风险作业, 同时在运输过程中损害的发生原因也是极其复杂的, 法律在强调对托运人或者收货人利益保护的同时, 也必须对承运人的利益作适当的保护, 以体现公平原则。法律对承运人的保护就体现在免责事由上。

本条规定了承运人可以免除赔偿责任的三种情况: ①不可抗力。②货物本身的自然性质或者合理损耗。③托运人、收货人的过错。

承运人要免除赔偿责任的, 其应当负举证责任。如果承运人自己不能证明有不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错的情形存在, 其就要承担赔偿责任。

### 重点法条

第三百二十六条 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的, 法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例, 对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时, 职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务, 或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。

#### 【关联法条】

#### 《专利法》

第六条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。



职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。

非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。

利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

### 法条精解

#### 1. 职务技术成果的概念

技术成果，是指利用科学技术知识、信息和经验作出的产品、工艺、材料及其改进等技术方案。因技术成果所产生的权益属于知识产权。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。依据这一规定，认定职务技术成果的标准有两条：①执行法人或者其他组织的工作任务；②主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件。

确认技术成果是否是职务技术成果，并不要求同时具备上述两个条件，只要具备一个条件就可以认定是职务技术成果。

#### 2. 职务技术成果的归属

职务技术成果的财产权虽然属于法人或者其他组织，但是，职务技术成果凝聚了技术成果完成者的创造性劳动，应当对完成职务技术成果的完成者给予相应的奖励和报酬。同时，还应当根据使用和转让该项技术成果所取得的经济收益，给予一定的奖励和报酬。此外，合同法还规定法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

### 重点法条

第三百二十七条 非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人，完成技术成果的个人可以就该项非职务技术成果订立技术合同。

#### 【关联法条】

#### 《专利法》

第七条 对发明人或者设计人的非职务发明创造专利申请，任何单位或者个人不得压制。

### 法条精解

本条是对非职务技术成果财产权归属的规定。

未执行法人或者其他组织的工作任务，也未利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果，是非职务技术成果。非职务技术成果的财产权即非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人。完成技术成果的个人有权就该项非职务技术订立技术合同，有权获得因使用或者转让该项技术成果所取得的收益。法人或者其他组织擅自以生产经营目的使用或者转让属于个人的非职务技术成果，是侵犯个人合法权益的行为。

### 重点法条

第三百三十七条 因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

### 法条精解

本条是对解除技术开发合同条件的规定。合同的解除，是指合同有效成立后，当具备合同解除条件时，因当事人一方或者双方的意思表示而使合同关系消灭的一种行为。

《合同法》第93条、第94条规定了解除合同的条件。根据技术开发合同的特点，合同法又规定了技术开发合同可以解除的另一种情形，即作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使履行技术开发合同没有意义，当事人可以解除合同。

### 重点法条

第三百三十八条 在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者



部分失败的,该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时,应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施,致使损失扩大的,应当就扩大的损失承担责任。

### 法条精解

本条是对技术开发合同风险责任的规定。在研究开发过程中,如果当事人一方或者双方已尽了最大努力,但仍因科技知识、认识水平或试验条件等客观因素的限制,出现无法克服的技术困难,致使研究开发全部或者部分失败,未能取得合同约定的预期目的,即为技术开发合同的风险。

一项技术开发的失败或者部分失败属于风险,应当具备以下各项条件:①课题本身在国际和国内现有技术水平下开发具有足够的难度。②研究开发方尽了主观努力。③该领域专家认为研究开发失败属于合理的失败。

由于技术开发存在着的风险,风险一旦出现,将使技术开发合同无法履行,给当事人造成损失。因此,当事人应当在订立合同时明确约定风险责任的承担。如果当事人没有约定或者约定不明确,风险发生后,当事人可以协议补充风险责任。不能达成补充协议的,可以按照合同的有关条款或者交易习惯确定,仍不能确定,风险责任由当事人合理分担。

在研究开发过程中,当事人一方发现可能导致研究开发失败或者部分失败的情况时,应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。合同法明确规定这是技术开发合同当事人的义务。如果当事人未能及时通知对方当事人,也未能及时采取措施,制止损失的扩大,应当就扩大的损失承担责任。

### 重点法条

第三百三十九条 委托开发完成的发明创造,除当事人另有约定的以外,申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的,委托人可以免费实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的,委托人享有以同等条件优先受让的权利。

### 法条精解

本条是对履行委托开发合同完成的技术成果的归属和分享的规定。

委托开发合同的当事人可以在合同中约定委托开发完成的发明创造的权利归属。如果当事人在合同中没有约定或者约定不明确,那么,委托开发完成的发明创造,申请专利的权利属于研究开发人,但研究开发人取得专利权的,委托人可以免费实施该专利。研究开发人转让专利申请权的,委托人可以优先受让该专利申请权。

### 真题示例

(2008-3-62) 甲研究所与刘某签订了一份技术开发合同,约定由刘某为甲研究所开发一套软件。3个月 after,刘某按约定交付了技术成果,甲研究所未按约定支付报酬。由于没有约定技术成果的归属,双方发生争执。下列哪些选项是正确的?

- A. 申请专利的权利属于刘某,但刘某无权获得报酬
- B. 申请专利的权利属于刘某,且刘某有权获得约定的报酬
- C. 如果刘某转让专利申请权,甲研究所享有以同等条件优先受让的权利
- D. 如果刘某取得专利权,甲研究所可以免费实施该专利

答案:BCD。

解析:《合同法》第331条规定,委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬;提供技术资料、原始数据;完成协作事项;接受研究开发成果。第339条规定,委托开发完成的发明创造,除当事人另有约定的以外,申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的,委托人可以免费实施该专利。研究开发人转让专利申请权的,委托人享有以同等条件优先受让的权利。由此本题BCD的说法是正确的。

### 重点法条

第三百四十条 合作开发完成的发明创造,除当事人另有约定的以外,申请专利的权利属于合作开发



的当事人共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

### 【关联法条】

#### 《专利法》

第八条 两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人。

### 法条精解

本条是对履行合作开发合同完成的技术成果的归属和分享的规定。

技术开发合同的当事人可以在合同中约定合作开发完成的发明创造的权利归属。如果当事人在合同中没有约定或者约定不明确，那么，合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利；当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方可以优先受让其共有的专利申请权；当事人一方声明放弃其共有的专利申请权，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请；申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

### 重点法条

第三百四十一条 委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。

### 法条精解

本条是对履行技术开发合同产生的技术秘密的归属和分享的规定。

合作开发合同的当事人可以在合同中约定，因履行技术开发合同产生的技术秘密的使用权、转让权的归属以及利益的分配办法。如果当事人没有约定或者约定不明确，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同的有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，当事人各方对技术秘密都有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人在向委托人交付研究开发成果前，不得擅自将研究开发成果转让给第三人。

### 真题示例

(2006-3-16) 甲公司委托乙公司开发一种浓缩茶汁的技术秘密成果，未约定成果使用权、转让权以及利益分配办法。甲公司按约定支付了研究开发费用。乙公司按约定时间开发出该技术秘密成果后，在没有向甲公司交付之前，将其转让给丙公司。下列哪种说法是正确的？

- A. 该技术秘密成果的使用权只能属于甲公司
- B. 该技术秘密成果的转让权只能属于乙公司
- C. 甲公司和乙公司均有该技术秘密成果的使用权和转让权
- D. 乙公司与丙公司的转让合同无效

答案：C。

解析：《合同法》第341条规定，委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。据此选项C是正确的。对于D项，因为丙公司是善意第三人，出于对善意第三人的保护，乙公司与丙公司的转让合同有效，但乙应赔偿甲因此受到的损失。

### 重点法条

第三百四十二条 技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。技术转让合同应当采用书面形式。







第三百四十四条 专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

第三百四十六条 专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利；并按照约定支付使用费。

### 法条精解

#### 1. 技术转让合同的范围

《合同法》第342条规定，技术转让合同应当采用书面形式，技术转让合同包括：专利权转让合同；专利申请权转让合同；技术秘密转让合同；专利权实施许可合同。

#### 2. 技术转让合同当事人的权利与义务

(1) 让与人的义务：①对转让的技术承担瑕疵担保责任。②专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。③按照约定许可受让人实施专利或技术秘密，交付实施专利或技术秘密有关的技术资料，提供必要的技术指导。

(2) 受让人的义务：①不得擅自许可第三人实施专利或者技术秘密。②按照约定承担保密义务。③按照约定支付使用费。

### 重点法条

第三百五十四条 当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

### 法条精解

本条是对技术转让合同中后续改进技术成果分享办法的规定。

#### 1. 后续改进的概念

后续改进，是指在技术转让合同有效期内，一方或双方对作为合同标的物的专利技术或者技术秘密成果所作的革新和改良。技术转让合同的订立和履行，不仅实现了现有技术的转移、推广和应用，而且也是当事人进行改良、革新和进行新的研究开发的基础。合同订立后，当事人一方或者双方在技术转让合同标的技术的基础上作出创新和改良是常见的现象，这种创新和改良推动了科学技术迅速发展。

#### 2. 后续改进技术成果分享的办法

(1) 实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果属于完成该项后续改进的人。

(2) 技术转让合同的当事人双方可以按照互利的原则，在合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，当事人可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定，一方后续改进技术的技术成果，其他各方无权分享。

(3) 互惠使用后续改进的技术，当事人应当另行订立合同。

### 重点法条

第三百五十九条 技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任。

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。

### 法条精解

本条是对技术咨询合同当事人违约责任和涉及决策风险责任的规定。

#### 1. 违约责任

技术咨询合同的当事人违反合同约定，应当依照合同约定的违约条款以及合同法有关违约责任的规定，承担违约责任。

(1) 委托人违反技术咨询合同的违约责任。委托人未按期支付报酬的,应当补交报酬,并承担违约责任;未按照约定提供必要的数据和资料,或者所提供的数据、资料有严重缺陷,影响工作进度和质量的,已支付的报酬不得追回,未支付的报酬应当支付。给受托人造成损失的,应当承担违约责任。委托人逾期不提供或者不补充有关技术资料、数据和工作条件,导致受托人无法开展工作的,受托人有权解除合同,委托人承担违约责任。但合同另有约定的除外。委托人不接受或者逾期不接受工作成果的,向受托人支付的报酬不得追回,未支付的报酬应当支付,并且还应当支付受托人因保管工作成果所支出的费用。

(2) 受托人违反技术咨询合同的违约责任。受托人迟延提交咨询报告和意见的,应当减收或者免收报酬,并承担违约责任;提供的咨询报告和意见不符合合同约定条件的,应当减收或者免收报酬,并承担违约责任;不提交咨询报告和意见,或者所提交的咨询报告和意见水平低劣,无参考价值的,应当免收报酬,并承担违约责任;受托人在接到委托人提交的技术资料和数据后,不进行调查论证,委托人有权解除合同,受托人应当返还委托人已支付的报酬,并承担违约责任,但是合同另有约定的除外。

## 2. 技术咨询合同涉及的决策风险责任

当事人可以在技术咨询合同中约定对咨询报告和意见的验收或者评价办法。合同没有约定的,按照合乎实用的一般要求组织鉴定。咨询报告和意见经验收合格后,合同即告终止。委托人是否采纳以及如何采纳受托人作出的咨询报告或者意见,由委托人自行决策。受托人对委托人实施咨询报告或意见所受到的损失,不负赔偿责任,除非合同另有约定。这就是技术咨询合同涉及的决策风险责任。

### 重点法条

第三百六十三条 在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中,受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果,属于受托人;委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果,属于委托人;当事人另有约定的,按照其约定。

### 法条精解

本条是对技术咨询、技术服务合同履行过程中产生的技术成果的归属和分享的规定。依据这一规定,当事人可以在技术咨询合同或者技术服务中约定这种可能产生的技术成果的归属和分享办法。当事人对履行技术咨询合同、技术服务合同所产生的新的技术成果的归属和分享办法的特别约定,优于法律的一般原则规定。如果当事人在合同中对新产生的技术成果的归属和分享办法没有约定,或者约定不明确,那么,受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果,属于受托人;委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果,属于委托人;另一方无权参与分享新的技术成果。

### 重点法条

第三百六十五条 保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物,并返还该物的合同。

### 法条精解

#### 1. 保管合同的概念

保管合同又称寄托合同、寄存合同,是指双方当事人约定一方将物交付他方保管的合同。保管物品的一方称为保管人,或者称为受寄人;其所保管的物品称为保管物,或者称为寄托物;交付物品保管的一方称为寄存人,或者称为寄托人。

#### 2. 保管合同的特征

(1) 保管合同为实践性合同。在一般情况下,保管合同的成立,不仅须有当事人双方的意思表示一致,而且须有寄存人将保管物交付于保管人的行为。

(2) 保管合同既可以是有偿合同,也可以是无偿合同。保管合同是社会成员相互提供帮助或服务部门为人们提供服务的一种形式,应以无偿为原则,当事人没有约定保管费,或者约定不明确,依照《合同法》第61条规定仍不能确定的,保管合同是无偿合同。当事人也可以约定为保管而给付报酬,此时保管合同为有偿合同,在此时,保管合同是双务合同。

(3) 保管合同仅以寄存人对保管物的实际交付为成立要件,并不要求当事人必须采取何种特定形式,因此,保管合同为不要式合同。

(4) 保管合同以物品的保管为目的。保管合同订立的直接目的是由保管人保管物品,而非以保管人获得保管物品的所有权或使用权为目的。因此,保管合同的标的是保管人的保管行为,保管人的保管行为,



保管人的主要义务是保管寄存人的交付其保管的物品。

#### (5) 保管合同转移标的物的占有

保管合同以标的物交给保管人为成立要件，但保管合同不以保管人获得物品的所有权或使用权转移。

### 重点法条

第三百六十七条 保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。

### 法条精解

本条是对保管合同何时成立的规定。

保管合同为实践合同。保管合同的成立，不仅须有当事人双方意思表示一致，而且须有寄存人将保管物交付给保管人，即寄存人交付保管物是保管合同成立的要件。因此保管合同是实践合同而非诺成合同。

保管合同尽管以保管物的交付为成立要件，但当事人另有约定的除外。

### 重点法条

第三百七十四条 保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。

### 法条精解

本条是关于保管物在毁损、灭失的情况下，保管人责任的规定。

#### 1. 保管人的责任

保管人应当对保管物尽到妥善保管的义务。保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，原则上保管人都应当承担损害赔偿责任。保管在有偿与无偿的情况下，保管人责任的大小应有所区别。

(1) 保管是有偿的，保管人应当对保管期间保管物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但是保管人能够证明自己没有过错的除外。所谓“保管人能够证明自己没有过错的除外”，是指保管人能够证明已经尽到了妥善保管义务。此外，保管物的毁损、灭失是由于保管物自身的性质或者包装不符合约定造成的，保管人也不承担责任。

(2) 保管是无偿的，保管人对其故意或者重大过失造成保管物毁损、灭失的情形承担损害赔偿责任。保管人故意造成保管物毁损、灭失的，尽管保管是无偿的，保管人承担损害赔偿责任也是理所应当的。此外，在保管是无偿的情况下，保管人对因重大过失造成保管物毁损、灭失的后果承担损害赔偿责任。所谓“重大过失”，是指保管人对保管物明知可能造成毁损、灭失而轻率地作为或者不作为。

#### 2. 无偿与有偿的区别

在有偿的情况下，无论保管人是故意还是过失，保管人都应对保管物的毁损、灭失负责；在无偿的情况下，保管人只对故意或者重大过失造成保管物毁损、灭失的后果负责，轻微过失不负责。二者的相同点是：凡是因不可归责于保管人的事由造成保管物毁损、灭失的，都不负损害赔偿责任。

### 真题示例

(2004-3-14) 贾某因装修房屋，把一批古书交朋友王某代为保管，王某将古书置于床下。一日，王某楼上住户家水管被冻裂，水流至王某家，致贾某的古书严重受损。对此，下列说法哪一个是正确的？

- A. 王某具有过失，应负全部赔偿责任
- B. 王某具有过失，应给予适当赔偿
- C. 此事对王某而言属不可抗力，王某不应赔偿
- D. 王某系无偿保管且无重大过失，不应赔偿

答案：D。

解析：《合同法》第374条规定，保管期间，因保管不善导致保管物毁损、灭失的，保管人应负损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。由此可见，D项正确。

### 重点法条

第三百七十五条 寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存。寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。



## 法条精解

本条是关于寄存贵重物品及责任的规定。

寄存人单就货币、有价证券或者如珠宝等贵重物品进行寄存的，应当向保管人声明，声明的内容是保管物的性质及数量，保管人在验收后进行保管，或者以封存的方式进行保管。本条规定的保管需要明确两个问题：

1. 本条规定的寄存货币不属于消费保管，而是要求保管人返还原物的合同。

2. 寄存货币、有价证券、珠宝等贵重物品而形成的保管合同与商业银行的保管箱业务或者饭店提供的保险箱服务不同。

寄存人将货币、有价证券或者其他贵重物品夹杂于其他物品之中，按一般物品寄存，且在寄存时未声明其中有贵重物品并经保管人验收或者封存的，如果货币、有价证券或者其他贵重物品与一般物品一并毁损、灭失，保管人不承担货币、有价证券或者其他贵重物品损、灭失的损害赔偿责任，只按照一般物品予以赔偿。

## 重点法条

第三百七十六条 寄存人可以随时领取保管物。

当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时要求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得要求寄存人提前领取保管物。

## 法条精解

本条是关于领取保管物的规定。

保管合同未约定保管期间的，寄存人可以随时领取保管物；保管合同约定了保管期间的，寄存人也可以随时领取保管物。这是寄存人的权利，同时又是保管人的义务，即保管人得应寄存人的请求，随时返还保管物。这样规定的理由是：保管的目的是为寄存人保管财物，当寄存人认为保管的目的已经实现时，尽管约定的保管期间还未届满，为了寄存人的利益，寄存人可以提前领取保管物。而且寄存人随时领取保管物，也不问保管为有偿或无偿。保管是无偿的，寄存人提前领取保管物，可以提早解除保管人的义务，对保管人实为有利；保管是有偿的，只要寄存人认为已实现保管目的而要求提前领取的，保管人也无阻碍之理。当事人未约定保管期间的，保管合同自然可以随时终止。不但寄存人可以随时领取保管物而终止合同，保管人也可以随时请求寄存人领取保管物而终止合同。当事人约定保管期间的，保管人无特别事由，如保管人患病、丧失行为能力等事由，不得请求寄存人提前领取保管物。

## 重点法条

第三百八十一条 仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。

## 法条精解

1. 仓储合同的概念

仓储合同，是指当事人双方约定由保管人（又称仓管人或仓库营业人）为存货人保管储存的货物，存货人支付仓储费的合同。

2. 仓储合同的特征

（1）保管人必须具有仓库营业资质的人，即具有仓储设施、仓储设备，专事仓储保管业务的人。这是仓储合同主体上的重要特征。

（2）仓储合同的对象仅为动产，不动产不可能成为仓储合同的对象。

（3）仓储合同为诺成合同。仓储合同自成立时起生效。

（4）仓储合同为不要式合同，可以是书面形式，也可以是口头形式。

（5）仓储合同为双务、有偿合同。保管人提供储存、保管的义务，存货人承担支付仓储费的义务。

（6）仓单是仓储合同的重要特征。

## 重点法条

第三百八十五条 存货人交付仓储物的，保管人应当给付仓单。





## 法条精解

仓单是保管人收到仓储物后给存货人开付的提取仓储物的凭证，以便存货人取回或处分其仓储物。仓单的作用表现在以下几点：

1. 仓单可以证明保管人已收到仓储物，以及保管人和存货人之间仓储关系的存在。
2. 仓单是有价证券的一种，其性质为记名的物权证券，存货人可以在仓单上背书并经保管人签字或者盖章，可以转让提取仓储物的权利。

仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人应当凭仓单提取仓储物。

## 重点法条

第三百九十四条 储存期间，因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担损害赔偿责任。

## 法条精解

本条是关于保管人因保管不善造成保管物毁损、灭失时责任的规定。

保管条件和保管要求是双方约定的，大多数情况下是存货人根据货物的性质、状况提出保管的条件和要求。只要是双方约定的，保管人就应当按照约定的保管条件和保管要求进行保管。保管人没有按照约定的保管条件和保管要求进行保管，造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。保管人除应当按照约定的保管条件和保管要求进行保管外，还应当尽到善良管理人的责任。

仓储物在毁损、灭失的情况下，保管人就应当承担赔偿责任，但是保管人能够证明仓储物的毁损、灭失是因仓储物本身性质的原因，或者因包装不符合约定，或者因仓储物超过有效储存期，而造成的，保管人不承担赔偿责任。

## 重点法条

第三百九十六条 委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

## 法条精解

### 1. 委托合同的概念

委托合同又称委任合同，是指当事人双方约定一方委托他人处理事务，他人同意为其处理事务的协议。在委托合同关系中，委托他人为自己处理事务的人称委托人，接受委托的人称受托人。

### 2. 委托合同的特征

在委托合同中，委托合同的双方当事人，可以是自然人，也可以是法人，如果双方都是自然人，受委托人应当是具有完全民事行为能力的人，应该由其法定代理人代为订立委托合同。

(1) 委托合同是建立在委托人与受托人相互信任的基础上。委托人之所以选定某一特定受托人为自己处理事情，是以了解并相信受托人的品行、能力、经验为前提的，受托人之所以接受委托人委托，愿意为委托人处理事物，也是以了解并相信委托人的信用为前提的，如果没有双方的信任与自愿，委托合同不可能成立，因此，在委托合同中，除非委托人同意，受托人应当亲自处理受托事物。这种特别信任的要求，使委托合同与其他的合同区别开来。

(2) 委托合同的目的是由受托人为委托人处理事物。委托合同是属于提供劳动类合同，其标的是劳务，体现为受托人为委托人处理委托事物。根据我国的目前的法律规定，无论是法律行为还是单纯的事实行为均可以委托他人进行处理。当然，委托事物是委托人有权实施，并且不违反法律或者社会利益，社会公德的行为。

(3) 委托合同一般是受托人以委托人的名义和费用处理委托事物。受托人处理事物，除法律另有规定外，不是以自己的名义和费用，而是以委托人的名义和费用进行的。因此，委托合同的委托人处理委托事物的后果，直接归受托人承受，这是委托合同与居间合同，承揽合同、行纪合同等类似合同的重要区别。但是也允许受托人以自己的名义处理委托事务。

(4) 委托合同可以是有偿的，也可以是无偿的。我国合同法规定，委托合同可以是有偿的也可以无偿的，委托合同是否有偿，由当事人双方决定，如果约定给付受托人报酬的，就是有偿委托合同；如果法律没有另外规定，当事人双方又没有约定给付受托人报酬的，则为无偿委托合同。但应注意的是，我国合同法不



仅规定委托合同可以有偿的也可以是无偿的,而且进一步规定,委托合同以有偿为原则,根据《合同法》第405条规定,受委托完成事物的,委托人应向他支付报酬,因为不可以归责于委托人的事由,委托合同解除或者委托事物不能完成的,委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的,按照其约定。

(5) 委托合同为诺成合同,不要式合同,双务合同。委托合同自双方达成协议时即告成立,不是以标的物的价格交付或当事人的实际履行为成立条件,因此,委托合同是诺成合同。委托合同一般是不要求式合同,合同采取何种形式,由当事人自行决定。

### 重点法条

第三百九十九条 受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的,应当经委托人同意;因情况紧急,难以和委托人取得联系的,受托人应当妥善处理委托事务,但事后应当将该情况及时报告委托人。

### 法条精解

本条是对受托人应当按照委托人的指示处理委托事务的规定。

#### 1. 受托人按指示办事的义务

受托人按照委托人的指示处理委托事务,这是受托人首要的义务。委托合同是受托人接受委托人的委托而订立,因此,受托人应当一丝不苟地按照委托人的指示,在委托人授权的范围内认真维护委托人的合法权益,想方设法完成委托事务。受托人原则上不得变更委托人的指示,如果受托人在处理委托事务的过程中,因客观情况发生变化,为了维护委托人的利益而需要变更委托人的指示时,法律规定应当经委托人同意。

#### 2. 例外规定

受托人只有在具备以下条件的情况下才可以不按这些指示办事:

(1) 因情况紧急,需要立即作出新的措施;

(2) 由于客观上的原因,难以和委托人取得联系;

(3) 依据情况这样办是为了委托人的利益所必需。如果受托人在不应该变更指示的时候变更了,就应当负损害赔偿赔偿责任。

### 重点法条

第四百条 受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意,受托人可以转委托。转委托经同意的,委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人,受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意的,受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任,但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外。

### 法条精解

本条是对受托人有义务亲自处理委托事务的规定。

委托合同的订立和履行是以当事人双方之间的相互信任为基础,委托人选择受托人是以对其能力(业务能力、专门知识)和信誉的信赖为前提,该合同的订立,既体现了委托人对于受托人的办事能力和信誉的信任,也表明受托人了解委托人和愿意为其办理委托事务的意志。这种彼此信任是委托合同赖以订立和存续的基础。因此,委托合同强调当事人的人身属性。这样就要求受托人应当亲自办理委托事务,受托人不得擅自将自己受托的委托事务转托他人处理。

合同法对于转委托的情况作了如下规定:

1. 转委托须事先取得委托人的同意。法律上所以不许任意转委托,是避免妨害委托人的利益。但如果委托人同意转委托时,则法律就没有禁止的必要。因为合同是以双方当事人自愿为原则,当事人意思表示一致,受托人才可以再委托第三人代为处理委托事务。

2. 在紧急情况下受托人为维护委托人的利益转委托的,对第三人的行为不承担责任。

### 重点法条

第四百零二条 受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同



只约束受托人和第三人的除外。

## 法条精解

本条是对受托人以自己的名义和第三人订立合同，第三人知道代理关系的，该合同直接约束委托人与第三人的规定。依照本条的规定，在下列条件下，受托人以自己的名义与第三人订立的合同，该合同不是直接约束受托人和第三人，而是直接约束委托人和第三人：第一，第三人清楚地知道受托人与委托人之间的代理关系，也就是说第三人知道受托人是委托人的代理人；第二，第三人是在订立合同时就知道受托人与委托人之间的代理关系，如果是订立合同的当时不知道，而是事后知道，不适用本条的规定；第三，有确切证据证明该合同只约束受托人与第三人的，也不能适用本条的一般规定。

## 重点法条

第四百零三条 受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

## 法条精解

### 1. 委托人的介入权的概念

委托人的介入权指的是在受托人与第三人的合同关系中，委托人取代受托人的地位，介入到原本是受托人与第三人的合同关系中。

### 2. 委托人行使介入权的条件

(1) 受托人以自己的名义与第三人订立合同，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系，也就是说受托人与第三人是该合同的当事人，该合同对受托人与第三人具有约束力。

(2) 当第三人履行合同义务时，间接影响到委托人的利益，这时受托人应当向委托人披露第三人。

(3) 因受托人的披露，委托人可以行使介入权。委托人行使介入权的，应当通知受托人与第三人。第三人接到通知后，除第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的以外，委托人取代受托人的地位，该合同对委托人与第三人具有约束力。

(4) 因受托人的披露，委托人也可以不行使介入权，仍然由受托人处理因第三人违约而产生的问题。

### 3. 第三人的选择权

第三人的选择权指的是在受托人与第三人的合同关系中，因委托人的原因造成受托人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，即第三人可以选择请求委托人承担违约责任，也可以请求仍然由受托人承担违约责任。但第三人只能选择其一，选定后不得变更。

规定委托人的介入权、第三人的选择权，有利于解决因代理产生的合同纠纷，有利于贸易代理制度更好地为经济建设服务，但委托人的介入权、第三人的选择权是有条件的，不能滥用。

## 真题示例

(2008-3-3) 甲委托乙购买一套机械设备，但要求以乙的名义签订合同，乙同意，遂与丙签订了设备购买合同。后由于甲的原因，乙不能按时向丙支付设备款。在乙向丙说明了自己是受甲委托向丙购买机械设备后，关于丙的权利，下列哪一选项是正确的？

A. 只能要求甲支付

B. 只能要求乙支付

C. 可选择要求甲或乙支付

D. 可要求甲和乙承担连带责任

答案：C。

解析：《合同法》第403条第2款规定，受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。由此本题C选项正确。



## 重点法条

第四百零六条 有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。

## 法条精解

本条是对受托人过错致委托人损失的责任的规定。

在有偿的委托合同中，受托人在处理委托事务时只要有过错，并给委托人造成损失，就要承担赔偿责任。在无偿的委托合同中，受托人在一般过失下并不承担赔偿责任，只有在故意和重大过失的情况下，才对损害承担赔偿责任。所谓重大过失是指一般人对该行为所产生的损害后果都能预见到，而行为人却因疏忽大意没有预见到，致使损害后果发生。由于无偿委托合同，受托人没有报酬，因此，其承担责任相比有偿委托合同要轻一些。

受托人超越权限给委托人造成损失的，无论委托合同是否有偿，都应当赔偿损失。

## 重点法条

第四百一十条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

## 法条精解

本条是对解除委托合同的规定。

委托合同是以双方信任为存在的条件，如果一方不守信用，失信于另一方，继续履行合同已无必要，法律赋予了双方当事人的权利，即只要一方想终止合同，就可以随时解除合同，而且不需要任何的理由。

1. 委托人可以随时撤销委托。如果互相没有信任或者已不再需要办理委托的事项，委托人即可单方解除委托合同，无须征得受托人的同意即可发生效力。但是受托人可以要求委托人赔偿相应的损失。

2. 受托人可以随时辞去委托。委托合同的成立既需要委托人对受托人的了解和信任，也需要受托人对委托人的信任。如果受托人不愿意办理受委托的事务，受托人无须表明任何理由，即可解除合同。

委托合同的一方当事人在不利于对方当事人的时期解除委托合同，造成对方损失的，应当承担赔偿责任，所谓不利于对方当事人的时期，就不利于委托人方面而言，当受托人在未完成委托事务的情况下解除合同时，委托人自己不可能亲自处理该项事务，而且又不能及时找到合适的受托人代他处理该委托事务而发生损害的情形；就不利于受托人方面而言，是指由于委托人在受托人处理委托事务尚未完成前解除了合同，使受托人因不能继续履行义务而少获报酬。委托人除对受托人已履行的部分给付报酬外，对在不可归责于受托人的情况下，因解除委托合同给委托人造成的报酬减少承担赔偿责任。

但是受托人处理事务不尽注意义务，怠于委托事务的处理，委托人无奈而解除委托合同，虽会给受托人造成一定损失，但因解除合事由不可归责于委托人或者不能完全归责于委托人，委托人对受托人因合同终止而遭受的损失不予赔偿或者只赔偿其部分损失。

## 真题示例

(2006-3-52) 下列关于合同解除的哪些说法是正确的？

- A. 委托人或者受托人都可以随时解除委托合同
- B. 不定期租赁合同的双方当事人可以随时解除合同
- C. 承揽合同中的定作人可以随时解除合同
- D. 在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以解除运输合同

答案：ABCD。

解析：根据《合同法》第410条规定，A项是正确的。《合同法》第232条规定，当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。所以B也正确。《合同法》第268条规定，定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。因此C项也是正确的。《合同法》第308条规定，在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交





给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。所以 D 项也是正确的。因此本题正确选项是 ABCD。

## 重点法条

第四百一十一条 委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的，委托合同终止，但当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。

### 【关联法条】

#### 《合同法》

第四百一十二条 因委托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人的继承人、法定代理人或者清算组织承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。

第四百一十三条 因受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止的，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当及时通知委托人。因委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当采取必要措施。

## 法条精解

本条是对委托合同终止的规定。

委托合同的成立，是以双方信任为基础，为人格专属的法律关系，如果当事人一方死亡、丧失行为能力或者破产，其继承人、法定代理人与合同的另一方当事人能否取得互相的信任还是未知数，为了避免不必要的纠纷出现，法律规定在这些情况下，委托合同可以终止。以上三种情况是法定事由的发生时合同应当终止，但也有例外情况：

1. 合同另有约定时除外。当事人可以另行约定即使有死亡、破产及丧失行为能力的情况发生，委托关系仍不消灭，有此约定的，当然依照其约定。例如，委托律师诉讼，委托合同可以约定，不因委托人死亡而停止代理诉讼。
2. 因委托事务的性质不宜终止的。

## 重点法条

第四百一十四条 行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

第四百一十五条 行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。

第四百一十八条 行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。

行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，该利益属于委托人。

委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

第四百一十九条 行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品，除委托人有相反的意思表示的以外，行纪人自己可以作为买受人或者出卖人。

行纪人有前款规定情形的，仍然可以要求委托人支付报酬。

第四百二十一条 行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。

第三人履行义务致使委托人受到损害的，行纪人应当承担损害赔偿责任，但行纪人与委托人另有约定的除外。

第四百二十二条 行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

## 法条精解

### 1. 行纪合同的概念和特征

行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。行纪合同具有以下法律特征：

(1) 行纪合同是双务有偿的诺成合同。行纪人负有为委托人从事贸易活动和有价证券买卖的义务，委托人负有支付报酬的义务，双方的利益具有对价关系，因而为双务有偿合同。行纪合同的成立只要双方的意思表示一致，而不需实际履行，因此，行纪合同又是诺成合同。

(2) 行纪合同的标的是行纪人为委托人进行的一定法律行为。行纪合同属于提供服务合同的一种，但



行纪人提供的不是一般服务，而是运用自己的专业特长和经验能力与第三人实施民事法律行为，因此，行纪合同的标的是与第三人进行的民事法律行为。

(3) 行纪人为了委托人的利益而以自己的名义为委托人实施民事法律行为。所谓为了委托人的利益，又可称为“为了委托人的计算”，是指行纪人的行为所产生的经济上的利益或者损失均归属于委托人，而与行纪人自身无涉。

## 2. 行纪合同当事人的权利与义务

### (1) 行纪人的主要义务

① 为委托人从事活动的义务。行纪人应按照委托人的指示完成行纪行为，并应当尽注意义务，以使委托人的利益不受损失或少受损失。

② 依委托人指示处理事务的义务。委托人指定了卖出价格或买入价格的情况下，行纪人应当按委托人的指定价格处理事务。行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

③ 妥善保管的义务。行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物。

④ 委托物处置的义务。委托物交付给行纪人时有瑕疵或者容易腐烂、变质的，经委托人同意，行纪人可以处分该物；与委托人不能及时取得联系的，行纪人可以合理处分。

⑤ 负担行纪费用的义务。行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。

### (2) 行纪人的主要权利

① 请求报酬权。行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

② 介入权。行纪人接受委托实施行纪行为时，可以自己的名义介入买卖活动。行纪人买入或卖出市场定价的商品时，只要委托人没有相反的意思，可以自己作为买受人或出卖人。行纪人行使介入权后，仍可要求委托人支付报酬。

③ 提存权。行纪人按照约定买入委托物，委托人应当及时受领。经行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，行纪人可提存委托物。委托物不能卖出或者委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分该物的，行纪人可提存委托物。

### (3) 委托人的主要义务

① 及时受领委托物的义务。如果因委托人迟延接受而造成的损失，由委托人承担。

② 支付报酬的义务。委托人应当按约定向行纪人支付报酬及其他约定的费用。行纪人高于委托人指定的价格卖出或低于委托人指定的价格买入的，可按照约定增加报酬。

### (4) 委托人的主要权利

① 验收权。对于行纪结果，委托人有权检验。如行纪人未按照指示实施行纪行为，委托人有权拒绝接受行纪结果，并可要求行纪人赔偿损失。

② 损害赔偿请求权。在行纪人与第三人订立合同的情况下，如果第三人不履行义务致使委托人受到损害的，委托人有权要求行纪人赔偿损失。

## 真题示例

(2009-3-61) 甲将 10 吨大米委托乙商行出售。双方只约定，乙商行以自己名义对外销售，每公斤售价两元，乙商行的报酬为价款的 5%。下列哪些说法是正确的？

- A. 甲与乙商行之间成立行纪合同关系
- B. 乙商行为销售大米支出的费用应由自己负担
- C. 如乙商行以每公斤 2.5 元的价格将大米售出，双方对多出价款的分配无法达成协议，则应平均分配
- D. 如乙商行与丙食品厂订立买卖大米的合同，则乙商行对该合同直接享有权利、承担义务

答案：ABD。

解析：本题考核行纪合同的相关规定。根据《合同法》第 414 条规定，乙是受托人，且是以自己的名义从事贸易活动的，而非是以委托人甲的名义从事贸易活动的，故甲乙之间属于行纪合同关系。因此，A 项正确。根据《合同法》第 415 条规定，甲乙对处理委托事务支出的费用没有另外约定，根据法律的规定



应由乙商行自己承担。因此，B项正确。根据《合同法》第418条第2款规定，C项错误。根据《合同法》第421条规定，D项正确。

## 重点法条

第四百二十四条 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

第四百二十五条 居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。

居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。

第四百二十六条 居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。

居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

第四百二十七条 居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

## 法条精解

### 1. 居间合同的概念和特征

(1) 居间合同，是指居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。在民法理论上，居间合同又称为中介合同或者中介服务合同。向他方报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务的一方为居间人，接受他方所提供的订约机会并支付报酬的一方为委托人。

(2) 居间合同具有以下特征：①居间合同是由居间人向委托人提供居间服务的合同。居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人是否与第三人订立合同，与居间人无关，居间人不是委托人与第三人之间的合同的当事人。②居间人对委托人与第三人之间的合同没有介入权。居间人只负责向委托人报告订立合同的机会或者为委托人与第三人订约居中斡旋，传达双方意思，起牵线搭桥的作用，对合同没有实质的介入权。③居间合同是双务、有偿、诺成合同。

### 2. 居间合同当事人的义务

(1) 居间人的主要义务：①报告订约机会或者提供订立合同媒介的义务。居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。②忠实义务。居间人应当如实报告订立合同的有关事项和其他有关信息。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。③负担居间费用的义务。居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

(2) 委托人的主要义务：①支付居间报酬的义务。居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。未订立合同的，委托人可以拒绝支付报酬。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。②偿付费用的义务。居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的费用。

## 《婚姻法》

## 重点法条

第五条 结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。

第六条 结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。晚婚晚育应予鼓励。

第七条 有下列情形之一的，禁止结婚：

(一) 直系血亲和三代以内的旁系血亲；

(二) 患有医学上认为不应当结婚的疾病。

## 法条精解

### 1. 结婚的法定条件

(1) 男女双方完全自愿。所谓男女双方必须完全自愿，是指结婚应是双方当事人真实意思表示的结果。



如果不是双方当事人真实意思表示的结果，婚姻就是无效或可撤销的。

(2) 必须达到法定婚龄。所谓法定婚龄，就是法律规定的最低结婚年龄，是结婚年龄下限。我国《婚姻法》规定，法定婚龄为男22周岁，女20周岁。

(3) 必须符合一夫一妻制。

## 2. 结婚的禁止条件

(1) 直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚；

(2) 一方或双方患有医学上认为不应结婚或暂缓结婚的疾病。

### 重点法条

第八条 要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

#### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释（一）》

第四条 男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。

第五条 未按婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：

(一) 1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。

(二) 1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。

### 法条精解

结婚除必须符合法律规定的条件外，还必须履行法定的程序。根据本条规定，结婚登记是结婚的必经程序。

### 重点法条

第十条 有下列情形之一的，婚姻无效：

(一) 重婚的；

(二) 有禁止结婚的亲属关系的；

(三) 婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；

(四) 未到法定婚龄的。

#### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释（一）》

第七条 有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：

(一) 以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织。

(二) 以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属。

(三) 以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属。

(四) 以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患者共同生活的近亲属。

第八条 当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。

第九条 人民法院审理宣告婚姻无效案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决；有关婚姻效力的判决一经作出，即发生法律效力。

涉及财产分割和子女抚养的，可以调解。调解达成协议的，另行制作调解书。对财产分割和子女抚养问题的判决不服的，当事人可以上诉。





本条规定无效婚姻的情形。有下列情形之一的，婚姻无效：

1. 重婚的。所谓重婚，是指有配偶的人又与他人登记结婚的违法行为，或者明知他人有配偶而与他人登记结婚的违法行为。
2. 有禁止结婚的亲属关系的。本条中规定的“有禁止结婚的亲属关系的”，是指有《婚姻法》第7条第1项规定的禁止结婚的情形，即结婚的男女双方是直系血亲或者是三代以内的旁系血亲。
3. 婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的。导致婚姻无效的当事人所患的医学上认为不应当结婚的疾病，应当是当事人结婚前患有的，而不是结婚后患上的。对当事人婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病的婚姻，应当在当事人疾病治愈前确认其婚姻无效。
4. 未到法定婚龄的。《婚姻法》第5条规定，结婚年龄，男不得早于22周岁，女不得早于20周岁。

### 真题示例

(2009-3-19) 甲男与乙女通过网聊恋爱，后乙提出分手遭甲威胁，乙无奈遂与甲办理了结婚登记。婚后乙得知，甲婚前就患有医学上不应当结婚的疾病且久治不愈，乙向法院起诉离婚。下列哪一说法是正确的？

- A. 法院应判决撤销该婚姻
- B. 法院应判决宣告该婚姻无效
- C. 对该案的审理应当进行调解
- D. 当事人可以对法院的处理结果依法提起上诉

答案：B。

解析：本题考核婚姻的效力问题。根据《婚姻法》第10条第3项规定，甲婚前就患有医学上不应当结婚的疾病且久治不愈，满足无效婚姻的构成要件，属于无效婚姻。因此，法院应当判决宣告该婚姻关系无效，而非撤销该婚姻。所以，A项错误，B项正确。根据《婚姻法解释（一）》第9条第1款可知，对于审理宣告婚姻无效的案件，法院审理时不适用调解，且判决一经作出即发生法律效力，不能上诉。因此，CD项错误。

### 重点法条

第十一条 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

#### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释（一）》

第十条 婚姻法第十一条所称的“胁迫”，是指行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情况。

因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。

第十一条 人民法院审理婚姻当事人因受胁迫而请求撤销婚姻的案件，应当适用简易程序或者普通程序。

第十二条 婚姻法第十一条规定的“一年”，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

### 法条精解

#### 1. 可撤销婚姻的概念

可撤销婚姻，是指已成立婚姻关系，因欠缺结婚的真实意思，受胁迫的一方当事人可依法向婚姻登记机关或人民法院请求撤销的婚姻。当事人一方以胁迫为由撤销婚姻关系须具有以下要件：①须有胁迫的故意。②须有胁迫的行为。③胁迫须具有违法性。④须被胁迫人因恐惧心理而为意思表示与胁迫行为之间具有因果关系。

#### 2. 请求撤销的程序

可撤销的婚姻须由撤销权人行使撤销权，才能确定该婚姻自始不发生法律效力。撤销权人行使撤销权的意思表示，须向婚姻登记管理机关或人民法院作出，而不是向相对人作出。在我国，可撤销婚姻可依行政程序由婚姻登记机关予以撤销；也可依民事诉讼法中的简易或普通程序予以撤销。



### 3. 行使撤销权的法定期间

婚姻法规定,受胁迫方须在法定期间行使撤销权。受胁迫的一方撤销婚姻的请求,应当自结婚登记之日起1年内提出。如果受胁迫的一方结婚后的人身自由受到非法限制的,请求撤销婚姻应当自其恢复人身自由之日起1年内提出。若在法定期间内不行使权利,该权利则归于消灭。

### 真题示例

(2006-3-66) 网名“我心飞飞”的21岁女子甲与网名“我行我素”的25岁男子乙在网上聊天后产生好感,乙秘密将甲裸聊的镜头复制保存。后乙要求与甲结婚,甲不同意。乙威胁要公布其裸聊镜头,甲只好同意结婚并办理了登记。下列哪些说法是错误的?

- A. 甲可以自婚姻登记之日起1年内请求撤销该婚姻
- B. 甲可以在婚姻登记后以没有感情基础为由起诉要求离婚
- C. 甲有权主张该婚姻无效
- D. 乙侵犯了甲的隐私权

答案:BCD。

解析:根据《婚姻法》第11条规定,甲与乙结婚是因为乙的胁迫,因此甲可以向人民法院请求撤销该婚姻。所以A项是正确的,B项是错误的。根据《婚姻法》第10条规定,本题中没有婚姻无效的情形,因此C项也是错误的。由于乙是在与甲网络聊天的过程中获得甲的裸聊视频,但并没有公布,因此不能构成侵犯隐私,所以D项是错误的。

### 重点法条

第十二条 无效或被撤销的婚姻,自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成时,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理,不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女,适用本法有关父母子女的规定。

#### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释(一)》

第十三条 婚姻法第十二条所规定的自始无效,是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时,才确定该婚姻自始不受法律保护。

第十四条 人民法院根据当事人的申请,依法宣告婚姻无效或者撤销婚姻的,应当收缴双方的结婚证书并将生效的判决书寄送当地婚姻登记管理机关。

第十五条 被宣告无效或被撤销的婚姻,当事人同居期间所得的财产,按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。

第十六条 人民法院审理重婚导致的无效婚姻案件时,涉及财产处理的,应当准许合法婚姻当事人作为有独立请求权的第三人参加诉讼。

#### 《婚姻法解释(二)》

第二条 人民法院受理申请宣告婚姻无效案件后,经审查确属无效婚姻的,应当依法作出宣告婚姻无效的判决。原告申请撤诉的,不予准许。

第三条 人民法院受理离婚案件后,经审查确属无效婚姻的,应当将婚姻无效的情形告知当事人,并依法作出宣告婚姻无效的判决。

第四条 人民法院审理无效婚姻案件,涉及财产分割和子女抚养的,应当对婚姻效力的认定和其他纠纷的处理分别制作裁判文书。

第五条 夫妻一方或者双方死亡后一年内,生存一方或者利害关系人依据婚姻法第十条的规定申请宣告婚姻无效的,人民法院应当受理。

第六条 利害关系人依据婚姻法第十条的规定,申请人民法院宣告婚姻无效的,利害关系人为申请人,婚姻关系当事人双方为被申请人。

夫妻一方死亡的,生存一方为被申请人。

夫妻双方均已死亡的,不列被申请人。

第七条 人民法院就同一婚姻关系分别受理了离婚和申请宣告婚姻无效案件的,对于离婚案件的审理,应当待申请宣告婚姻无效案件作出判决后进行。



前款所指的婚姻关系被宣告无效后，涉及财产分割和子女抚养的，应当继续审理。

## 法条精解

本条是关于无效或者被撤销的婚姻的法律后果的规定。

无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务，同居期间所得的财产，按共同共有财产由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。

## 重点法条

第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- (一) 工资、奖金；
- (二) 生产、经营的收益；
- (三) 知识产权的收益；
- (四) 继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释（一）》

第十七条 婚姻法第十七条关于“夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应当理解为：

(一) 夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。

(二) 夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

#### 《婚姻法解释（二）》

第十一条 婚姻关系存续期间，下列财产属于婚姻法第十七条规定的“其他应当归共同所有的财产”：

- (一) 一方以个人财产投资取得的收益；
- (二) 男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；
- (三) 男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。

第十二条 婚姻法第十七条第三项规定的“知识产权的收益”，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。

第十四条 人民法院审理离婚案件，涉及分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。

前款所称年平均值，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命七十岁与军人入伍时实际年龄的差额。

第十九条 由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。

## 法条精解

### 1. 夫妻共同财产的概念

所谓夫妻共同财产，是指受我国《婚姻法》调整的在夫妻关系存续期间夫妻所共同拥有的财产。所谓夫妻关系存续期间，是指夫妻结婚后到一方死亡或者离婚之前这段时间，这期间夫妻所得的财产，除约定外，均属于夫妻共同财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。夫妻一方对夫妻存续期间的财产的处分，需征得配偶的同意。

### 2. 我国的夫妻共同财产具有的特征

(1) 夫妻共同财产的主体，是具有婚姻关系的夫妻。

(2) 夫妻共同财产，是在婚姻关系存续期间取得的财产，婚前财产不属于夫妻共同财产。婚姻关系存续期间，自合法婚姻缔结之日起，至夫妻一方死亡或离婚生效之日止。

(3) 夫妻共同财产的来源，为夫妻双方或一方所得的财产，既包括夫妻通过劳动所得的财产，也包括



其他非劳动所得的合法财产，当然，法律直接规定为个人所有财产的和夫妻约定为个人财产的除外。

(4) 夫妻对共同财产享有平等的所有权，双方享有同等的权利，承担同等的义务。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。特别是夫妻一方对共同财产的处分，除另有约定外，应当取得对方的同意。

(5) 不能证明属于夫妻一方的财产，推定为夫妻共同财产。最高人民法院 1993 年 11 月的《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》中规定：“对个人财产还是夫妻共同财产难以确定的，主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据，人民法院又无法查实的，按夫妻共同财产处理。”

(6) 分割夫妻共同财产，原则上应当均等分割。根据生产、生活的实际需要，财产的来源等情况，由双方协议处理，协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

(7) 夫妻一方死亡，如果分割遗产，应当先将夫妻共同财产的一半分归另一方所有，其余的财产为死者遗产，按照继承法处理。

### 真题示例

(2003-3-41) 王某与赵某 2000 年 5 月结婚。2001 年 7 月，王某出版了一本小说，获得 20 万元的收入。2002 年 1 月，王某继承了其母亲的一处房产。2002 年 2 月，赵某在一次车祸中，造成重伤，获得 6 万元赔偿金。在赵某受伤后，有许多亲朋好友来探望，共收礼 1 万多元。对此，下列哪些表述是正确的？

- A. 王某出版小说所得的收入归夫妻共有
- B. 王某继承的房产归夫妻共有
- C. 赵某获得的 6 万元赔偿金归赵某个人所有
- D. 赵某接受的礼品归赵某个人所有

答案：ABC。

解析：根据《婚姻法》第 17 条与第 18 条的规定。正确答案为 ABC。

### 重点法条

第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：

- (一) 一方的婚前财产；
- (二) 一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；
- (三) 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；
- (四) 一方专用的生活用品；
- (五) 其他应当归一方的财产。

#### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释（二）》

第十三条 军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产。

第二十二条 当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。

### 法条精解

#### 1. 夫妻特有财产的概念

所谓夫妻特有财产，也称夫妻保留财产，是指夫妻在实行共同财产制的同时，依照法律规定或夫妻约定，夫妻各自保留的一定范围的个人所有财产。所谓特有财产制，就是夫妻在实行共同财产制时，基于法律规定或双方约定，夫妻各自保留一定范围的个人所有财产，并对该财产进行管理、使用、收益和处分，以及有关的财产责任、特有财产的效力等内容组成的法律制度。根据产生的原因不同，特有财产可分为法定的特有财产和约定的特有财产。法定的特有财产，是指依照法律规定所确认的夫妻双方各自保留的个人财产，本条即属于法定特有财产的规定。

#### 2. 我国夫妻特有财产的范围

(1) 一方的婚前财产。婚前财产是指夫妻在结婚之前各自所有的财产，包括婚前个人劳动所得财产、继承或受赠的财产以及其他合法财产。婚前财产归各自所有，不属于夫妻共同财产。

(2) 一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用。这里的“医疗费、残疾人生活补





助费等费用”是指与生命健康直接相关的财产。由于这些财产与生命健康关系密切，对于保护个人权利具有重要意义，因此应当专属于个人所有，而不能成为共同财产。

(3) 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。根据第17条第4项的规定，因继承或赠与所得的财产，属于夫妻共同财产。但为了尊重遗嘱人或赠与人的个人意愿，保护公民对其财产的自由处分权，如果遗嘱人或赠与人在遗嘱或赠与合同中明确指出，该财产只遗赠或赠与夫妻一方，另一方无权享用，那么，该财产就属于夫妻特有财产，归一方个人所有。

(4) 一方专用的生活用品。一方专用的生活用品具有专属于个人使用的特点，应当属于夫妻特有财产。

(5) 其他应当归一方的财产。这项规定属于概括性规定。夫妻特有财产除前4项的规定外，还包括其他一些财产和财产权利。随着社会经济的发展、新的财产类型的出现以及个人独立意识的增强，夫妻个人特有财产的范围也将有所增加。

### 真题示例

(2009-3-20) 甲、乙结婚的第10年，甲父去世留下遗嘱，将其拥有的一套房子留给甲，并声明该房屋只归甲一人所有。下列哪一表述是正确的？

- A. 该房屋经过八年婚后生活即变成夫妻共有财产
- B. 如甲将该房屋出租，租金为夫妻共同财产
- C. 该房屋及租金均属共同财产
- D. 甲、乙即使约定将该房屋变为共同财产，其协议也无效

答案：B。

解析：本题考查夫妻共同财产与个人财产的确定。

根据《婚姻法》第18条第3项《婚姻法解释（一）》第19条规定可知，首先，本题中甲父在遗嘱中明确表示将房屋赠给甲，因此，该房屋属于甲的个人财产，C项错误。其次，该房屋不会因为经过一定的年限转变为夫妻共同财产，除非当事人有约定。因此，A项错误。再次，法律给予了当事人通过约定将夫妻个人财产转化为夫妻共同财产的权利，那么如果甲乙约定将该房屋变为共同财产的话，该约定是有效的。因此，D项错误。根据《婚姻法解释（二）》第11条规定可知，甲将作为个人财产的房屋出租后取得的租金属于夫妻一方以个人财产投资取得的收益，此种收益属于夫妻共同财产。因此，B项说法正确。

### 重点法条

**第十九条** 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

#### 【关联法条】

##### 《婚姻法解释（一）》

**第十八条** 婚姻法第十九条所称“第三人知道该约定的”，夫妻一方对此负有举证责任。

**第十九条** 婚姻法第十八条规定为夫妻一方的所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。

##### 《婚姻法解释（二）》

**第二十三条** 债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。

**第二十四条** 债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

**第二十六条** 夫或妻一方死亡的，生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任。



## 1. 夫妻约定财产制的概念

所谓约定财产制，是指法律允许夫妻用协议的方式，对夫妻在婚前和婚姻关系存续期间所得财产的所有权的归属、管理、使用、收益、处分以及对第三人债务的清偿、婚姻解除时财产的分割等事项作出约定，从而排除或部分排除夫妻法定财产制适用的制度。约定财产制是相对于法定财产制而言的，它是夫妻以契约的方式依法选择适用的财产制，而法定财产制是依照法律直接规定而适用的财产制，约定财产制具有优先于法定财产制适用的效力，只有在当事人未就夫妻财产作出约定，或所作约定不明确，或所作约定无效时，才适用夫妻法定财产制。

## 2. 我国夫妻约定财产制的内容

## (1) 约定的条件和方式

夫妻对财产关系进行约定是一种双方民事法律行为，它不仅要符合民事法律行为的一般要件，还要符合婚姻法的有关规定，因为该约定是基于配偶这一特殊身份发生的。夫妻对财产关系的约定需要符合下列要件：①缔约双方必须具有合法的夫妻身份；②缔约双方必须具有完全民事行为能力；③约定必须双方自愿；④约定的内容必须合法，不得利用约定规避法律以损害国家、集体或他人的利益，不得违背社会公共利益。约定的内容不得超出夫妻财产的范围，如不得将其他家庭成员的财产列入约定财产的范围，不得利用约定逃避对第三人的债务以及其他法定义务。

关于约定的方式，本条第1款规定，“约定应当采用书面形式”。

## (2) 约定的时间和范围

关于约定的时间，本条未作规定。根据我国的实际情况，对约定的时间不必作更多的限制。约定可以在婚前进行也可以在婚后进行。

关于约定的范围，夫妻既可以对婚姻关系存续期间所得的财产进行约定，也可以对婚前财产进行约定；既可以对全部夫妻财产进行约定，也可以对部分夫妻财产进行约定。

## (3) 约定的效力

约定的效力，分为对内效力（指夫妻之间）和对外效力（指对第三人）。

①关于对内效力，本条第2款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”夫妻对财产关系的约定，对双方具有约束力，双方按照约定享有财产所有权以及管理权等其他权利，并承担相应的义务。

②关于对外效力，主要考虑的是在夫妻对财产进行约定，保护夫妻财产权的同时，要保障第三人的利益，维护交易安全。为了保障第三人的利益不因夫妻财产约定而受到损害，本条第3款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”

这一规定以“第三人知道该约定”为条件，即在第三人与夫妻一方发生债权债务关系时，如果第三人知道其夫妻财产已经约定归各自所有的，就以其一方的财产清偿；第三人不知道该约定的，该约定对第三人不生效力，夫妻一方对第三人所负的债务，按照在夫妻共同财产制下的清偿原则进行偿还。

## 真题示例

（2009-3-66）2003年5月王某（男）与赵某结婚，双方书面约定婚后各自收入归个人所有。2005年10月王某用自己的收入购置一套房屋。2005年11月赵某下岗，负责照料女儿及王某的生活。2008年8月王某提出离婚，赵某得知王某与张某已同居多年。法院应支持赵某的下列哪些主张？

- A. 赵某因抚育女儿、照顾王某生活付出较多义务，王某应予以补偿
- B. 离婚后赵某没有住房，应根据公平原则判决王某购买的住房属于夫妻共同财产
- C. 王某与张某同居导致离婚，应对赵某进行赔偿
- D. 张某与王某同居破坏其家庭，应向赵某赔礼道歉

答案：AC。

解析：本题考查夫妻共同财产及其离婚时有过错一方的赔偿责任。

根据《婚姻法》第40条规定，赵某在婚姻存续期间因负责照料女儿及其王某生活等付出较多义务，离婚时赵某提出补偿请求的，王某应予补偿。因此，A项正确。根据《婚姻法》第19条规定可知，王某与赵某关



于婚姻存续期间各自收入归个人所有的约定有效，王某用自己的收入购置的房屋属于其个人财产，不属于夫妻共同财产。因此，B项错误。《婚姻法》第46条第2项规定，有配偶与他人同居导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。因此，C项正确。D项属于干扰选项，法律没有对此进行规定，因此不选。

## 重点法条

第三十一条 男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。

## 法条精解

### 1. 协议离婚的概念

协议离婚也叫“双方自愿离婚”，是指婚姻关系当事人达成离婚合意并通过婚姻登记程序解除婚姻关系的法律制度。其主要特征，一是当事人双方在离婚以及子女和财产问题上意愿一致，达成协议；二是按照婚姻登记程序办理离婚登记，取得离婚证，即解除婚姻关系。协议离婚制度，是我国离婚制度的重要组成部分。

### 2. 协议离婚的条件

(1) 当事人须为合法夫妻并且具有完全民事行为能力。

(2) 协议离婚的当事人双方应当具有合法夫妻身份。以协议离婚方式办理离婚的，仅限于依法办理了结婚登记的婚姻关系当事人。不包括未婚同居和有配偶者与他人非法同居的男女双方，也不包括未办理结婚登记的“事实婚姻”中的男女双方。

(3) 协议离婚当事人双方必须具有离婚的共同意愿。

(4) 对子女和财产问题已有适当处理。“对子女和财产问题已有适当处理”是协议离婚的必要条件。如果婚姻关系当事人不能对离婚后的子女和财产问题达成一致意见，作出适当处理的话，则不能通过婚姻登记程序离婚，而只能通过诉讼程序离婚。

## 重点法条

第三十二条 男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。

有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：

- (一) 重婚或有配偶者与他人同居的；
- (二) 实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；
- (三) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；
- (四) 因感情不和分居满二年的；
- (五) 其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

### 【关联法条】

### 《婚姻法解释（一）》

第二十二条 人民法院审理离婚案件，符合第三十二条第二款规定“应准予离婚”情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。

## 法条精解

本条是关于诉讼外调解和诉讼离婚的规定。

### 1. 诉讼外调解

诉讼外调解，其依据来源于本条规定的“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解”。这种调解属于民间性质。“有关部门”在实践中一般是当事人所在单位、群众团体、基层调解组织等。

### 2. 诉讼离婚

#### (1) 诉讼离婚的概念

诉讼离婚，是婚姻当事人向人民法院提出离婚请求，由人民法院调解或判决而解除其婚姻关系的一项离婚制度。诉讼离婚制度，适用于当事人双方对离婚有分歧的情况，包括一方要求离婚而另一方不同意离婚而发生的离婚纠纷；或者双方虽然同意离婚，但在子女和财产问题上不能达成一致意见、作出适当处理



的情况。

(2) 诉讼离婚制度有下述特征:

① 诉讼离婚有着法定的必要条件,即“感情确已破裂,调解无效”。人民法院在审理案件中也必须执行法律规定的条件,并以此为据裁判是否许可当事人离婚。

② 在诉讼活动中,人民法院对争议处理起主导作用,它要对当事人提出的离婚请求和理由进行审查,是否准予离婚取决于人民法院的依法裁量,它既可以判决准予离婚,也可以依法驳回当事人的请求。

③ 人民法院依法作出的调解和判决,在发生法律效力后,即具有强制执行力,当事人不履行调解书和判决书中所确定的义务的,人民法院可依另一方的申请予以强制执行。

(3) 诉讼中的调解和判决

① 诉讼中的调解。本条规定:人民法院审理离婚案件,应当进行调解。这表明调解是人民法院审理离婚案件的必经程序。适用调解程序,其目的在于防止当事人草率离婚,以及在双方当事人不能和解时,有助于平和、妥善地处理离婚所涉及的方方面面的问题。

② 判决。调解不能久调不决,对于调解无效的案件,人民法院应当依法判决。判决应当根据当事人的婚姻状况,判决准予离婚或者判决不准离婚。

### 重点法条

第三十三条 现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意,但军人一方有重大过错的除外。

第三十四条 女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内,男方不得提出离婚。女方提出离婚的,或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的,不在此限。

#### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释(一)》

第二十三条 婚姻法第三十三条所称的“军人一方有重大过错”,可以依据婚姻法第三十二条第二款前三项规定及军人有其他重大过错导致夫妻感情破裂的情形予以判断。

### 法条精解

这些条款规定了离婚诉权的限制。

1. 对现役军人配偶离婚诉权的限制。现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意。这里所指的现役军人的配偶,指现役军人的非军人配偶;双方都是现役军人的不适用这一限制。本规定只限制现役军人配偶的离婚请求权,现役军人本人提出离婚的不在此限。本规定只适用于一方提出离婚不适用于双方合意的离婚。

2. 在特定条件下对男女离婚诉权的限制。这条规定限制的主体是男方,而不是女方;限制的是男方在一定期限内的起诉权,而不是否定和剥夺男方的起诉权,只是推迟了男方提出离婚的时间,并不涉及准予离婚与不准予离婚的实体性问题。也就是说,只是对男方离婚请求权暂时性的限制,超过法律规定的期限,不再适用此规定。但是,男方在此期间并不是绝对的没有离婚请求权,法律还有例外规定,即人民法院认为“确有必要”的,也可以根据具体情况受理男方的离婚请求。所谓“确有必要”,一般是指比该条特别保护利益更为重要的利益需要关注的情形。“确有必要”受理男方离婚请求的案例是非常少的,哪些情形“确有必要”受理,由人民法院认定。

法律还规定了该条的另一种例外情形,即在此期间,女方提出离婚的,不受此规定的限制。

### 重点法条

第三十六条 父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或母直接抚养,仍是父母双方的子女。

离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。

离婚后,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。

### 法条精解

父母子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父方或母方抚养,父母子女关系仍然存在,有关婚姻存续期间父母和子女间的权利义务的法律规定,完全适用于离婚后的父母子女关系,与子女共同生活的一方无权取消对方对子女的抚养教育义务和受赡养扶助权。





(2002-3-33) 甲与乙离婚并达成协议：婚生男孩丙(3岁)由乙(女方)抚养，如双方中一方再婚，丙则由另一方抚养。后乙在丙6岁时再婚，甲去乙家接丙回去抚养，乙不允。甲即从幼儿园将丙接回，并电话告知乙。为此，双方发生争执，诉至法院。下列有关论述正确的有哪些？

- A. 甲、乙均为丙的监护人  
B. 乙的行为是违约行为，受合同法调整  
C. 甲欲行使对丙的抚养权，应通过诉讼程序解决  
D. 甲、乙的协议违反了法律

答案：AC。

解析：《民法通则》第16条第1款规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。A当选。《合同法》第2条第2款规定，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。B排除。根据《婚姻法》第36条第3款规定C正确。法律无关于离婚父母对子女抚养问题进行约定的禁止性规定，相反，《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第17条规定，父母双方协议变更子女抚养关系的，应予准许。D不选。

## 重点法条

第三十七条 离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。

关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。

## 法条精解

本条是关于离婚后子女抚养费负担的规定。

夫妻离婚后，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除，父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。因此，离婚后的夫妻双方都有平等地负担子女生活费和教育费的经济责任。这是法律规定父母对未成年子女的抚养和抚育费负担的强制性的、无条件的、双方平等的义务，当事人都应当自觉遵照执行。至于其经济负担数额和期限等问题，应从子女的实际需要和父母双方所能负担的能力量力而定，合理解决。

## 重点法条

第三十八条 离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。

父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。

### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释(一)》

第二十四条 人民法院作出的生效的离婚判决中未涉及探望权，当事人就探望权问题单独提起诉讼的，人民法院应予受理。

第二十五条 当事人在履行生效判决、裁定或者调解书的过程中，请求中止行使探望权的，人民法院在征询双方当事人意见后，认为需要中止行使探望权的，依法作出裁定。中止探望的情形消失后，人民法院应当根据当事人的申请通知其恢复探望权的行使。

第二十六条 未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求。

## 法条精解

1. 探望权的概念。探望权是指离婚后未直接抚养子女的父母一方依法享有的在一定时间，以一定方式探视、看望子女的权利。探望权是法定的权利，任何人都不得非法干预。享有探望权的主体是离婚后未直接抚养子女的父亲或母亲或者其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人。

2. 抚养子女一方的协助义务。除了权利人的积极作为外，行使探望权还需直接抚养子女一方的协助。协助一方拒不履行协助义务，妨碍权利人探望子女的，探望人可申请人民法院采取强制措施。对不履行协助义务的，可以强制执行。



3. 探望权的中止。探望权的中止是指在权利人行使权利的过程中，因发生法定事由，人民法院依法判决权利人暂时不得行使权利的情形。探望权的中止必须由当事人诉请人民法院以判决的形式加以确认。

4. 探望权的恢复行使。探望权的恢复行使是指被依法中止行使探望权的终止事由消失后，权利人重新有权对子女进行探望的行为。

### 重点法条

第三十九条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。

夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

### 法条精解

本条是有关离婚后夫妻共同财产分割的规定。

离婚时的财产分割是离婚所产生的法律后果之一。法律允许夫妻双方在离婚时就财产问题自行协商处理。对于未达成协议的由法院根据具体情况，按照照顾子女和女方权益的原则判决。此项规定的前提是夫妻共同财产的分割，不同的财产制下共同财产的范围不同，在分割时首先应对财产的性质作出界定。

### 重点法条

第四十条 夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。

### 法条精解

本条是对分别财产制下承担较多家务劳动的一方在离婚时享有经济补偿的权利的规定。本条规定的前提之一是夫妻双方采取分别财产制，法定财产共同制和约定财产共同制下不存在补偿的问题。

最后需要强调的是，①本条的适用范围仅为约定的分别财产制，婚后所得共同制或约定一般共同制下不存在此类补偿问题。②权利和义务应遵循对等的原则。只有在一方为婚姻共同体尽了较多义务，如抚养子女、照料老人、协助另一方工作的情况下才可向对方请求补偿。③此种补偿并非离婚分割共同财产时的考虑因素，而是一种独立的诉讼请求权。

### 重点法条

第四十一条 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

#### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释（二）》

第二十五条 当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。

一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的，人民法院应当支持。

### 法条精解

本条是有关离婚时夫妻债务清偿责任的规定。婚姻关系终结时，夫妻债务清偿应遵循的原则是共同债务以共同财产清偿，个人债务以个人财产偿还。

无论是约定共同制或法定共同制，原则上为夫妻共同生活所欠的债务，无论是否为夫妻共同所为，他方是否认可，均应推定为共同债务。对于非共同生活所负债务，凡经双方事先认可者，也应由双方共同清偿。凡为个人需要而支付的费用或负担债务，应由本人以其个人财产清偿，他方无代偿义务。若夫妻间实行完全分别财产制，在没有共同财产的情况下，为夫妻共同生活所负债务应由双方协议清偿，协议不成时，由法院参照共同财产制下的同类问题处理。夫妻共同债务，是指夫妻一方或双方婚姻关系存续期间，为维持婚姻家庭共同生活或者为共同生产、经营活动所负的债务。个人债务，是指债务不能认定为夫妻共同债务，应由一方以个人财产清偿。



1. (2004-3-15) 甲于1990年与乙结婚,1991年以个人名义向其弟借款10万元购买商品房屋一套,夫妻共同居住。2003年,甲乙离婚。甲向其弟所借的钱,离婚时应如何处理?

- A. 由甲偿还  
B. 由乙偿还  
C. 以夫妻共同财产偿还  
D. 主要由甲偿还

答案:C。

解析:根据《婚姻法解释(二)》第24条规定,债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。根据《婚姻法》第41条规定,离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。故C项正确。

2. (2007-3-67) 张某和柳某婚后开了一家美发店,由柳某经营。二人自2005年6月起分居,张某于2005年12月向当地法院起诉离婚。审理中查明,柳某曾于2005年9月向他人借款2万元用于美发店的经营。下列哪些选项是正确的?

- A. 该美发店属于夫妻共同财产  
B. 该债务是夫妻共同债务,应以共同财产清偿  
C. 该债务是夫妻共同债务,张某应承担一半的清偿责任  
D. 该债务系二人分居之后所负,不是用于夫妻共同生活,应由柳某独自承担清偿责任

答案:AB。

解析:从本题提供的信息来看,张某、柳某夫妻二人对财产问题并无约定,因此应适用法定夫妻财产制予以处理,二人婚后所开的美发店理当属于夫妻共同财产,因此A项正确。根据《婚姻法解释(二)》第24条规定,柳某借款是为了夫妻共有的美发店的经营,因此该债务属于夫妻共同债务,故而D项错误。根据《婚姻法》第41条规定,B项正确。民法理论认为,夫妻双方应对共同债务承担连带清偿责任,因此C项的表述不正确。

## 重点法条

第四十二条 离婚时,如一方生活困难,另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。

### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释(一)》

第二十七条 婚姻法第四十二条所称“一方生活困难”,是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。

一方离婚后没有住处的,属于生活困难。

离婚时,一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式,可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。

## 法条精解

本条是有关离婚后,一方对生活困难的另一方给予适当经济帮助的规定。婚姻关系存续期间,夫妻双方有互相扶养的义务,一方不履行扶养义务时,需要扶养的一方有要求对方付给扶养费的权利。婚姻关系终结后,仍要求一方对生活困难的另一方从其个人财产中给予适当的帮助,实质是夫妻间扶养义务的延续。

## 重点法条

第四十六条 有下列情形之一的,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿:

- (一)重婚的;  
(二)有配偶者与他人同居的;  
(三)实施家庭暴力的;  
(四)虐待、遗弃家庭成员的。

### 【关联法条】

#### 《婚姻法解释(一)》

第二十八条 婚姻法第四十六条规定的“损害赔偿”,包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损



损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

第二十九条 承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体，为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的损害赔偿请求，不予支持。

在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。

第三十条 人民法院受理离婚案件时，应当将婚姻法第四十六条等规定中当事人的有关权利义务，书面告知当事人。在适用婚姻法第四十六条时，应当区分以下不同情况：

（一）符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为原告基于该条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出。

（二）符合婚姻法第四十六条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼。

（三）无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于婚姻法第四十六条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后一年内另行起诉。

### 《婚姻法解释（二）》

第二十七条 当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。

## 法条精解

本条是关于离婚时过错赔偿制度的规定。

### 1. 离婚过错赔偿的概念

离婚过错赔偿是指因配偶的过错行为，导致婚姻关系破裂，离婚时，由过错方向无过错方承担赔偿财产损失和精神损失的民事责任。

### 2. 离婚损害赔偿的要件

离婚损害赔偿的要件包括以下四个方面：

（1）行为人有过错。所谓过错并非是离婚本身，而是导致离婚的过错行为。《婚姻法》第46条规定，过错行为包括重婚，有配偶者与他人同居，实施家庭暴力，虐待、遗弃家庭成员等。当事人有上述情形的即被视为过错，即须向无过错方承担损害赔偿责任。但是如果当事人有上述情形之外的其他过错的，无过错方则不得请求离婚损害赔偿。

（2）有损害事实。即因上述过错行为给无过错方造成财产损失、人身损害和精神损害。

（3）过错行为与损害事实之间有因果关系。即过错行为导致了损害事实的发生。这种因果关系是过错方承担赔偿责任的前提和基础。

（4）离婚发生且损害赔偿请求权人无过错。这是离婚损害赔偿侵权责任的特殊要求。只有离婚的发生，无过错方始得行使损害赔偿请求权。无离婚事实的发生，离婚损害赔偿就无从开始。同时要求损害赔偿的请求权人必须无过错，本人如有相同的过错行为，则过失相抵，不得要求损害赔偿。

### 3. 离婚损害赔偿请求权的行使

（1）无过错方作为原告向人民法院提起的损害赔偿请求必须与离婚诉讼同时提出，由人民法院在判决离婚时一并作出裁决。

（2）原告在离婚诉讼中即使提出了损害赔偿请求，但人民法院判决不准离婚的，则当事人的请求权因失去了存在基础而不能得到支持。

（3）如果无过错方作为被告并且同意离婚的，可以在离婚诉讼中要求损害赔偿。一审时被告未提出损害赔偿请求而在二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，当事人可以在离婚后1年内对损害赔偿另行起诉；如果被告不同意离婚也不提起损害赔偿诉讼的，被告可以在人民法院判决准予离婚后1年内就此单独提起诉讼。

## 真题示例

（2007-3-17）周某与妻子庞某发生争执，周一一记耳光导致庞某右耳失聪。庞某起诉周某赔偿医药费1000元、精神损害赔偿费2000元，但未提出离婚请求。下列哪一选项是正确的？





A. 周某应当赔偿医疗费和精神损害

B. 周某应当赔偿医疗费而不应赔偿精神损害

C. 周某应当赔偿精神损害而不应赔偿医疗费

D. 法院应当不予受理

答案：D。

解析：根据《婚姻法》第46条和《婚姻法解释（一）》第29条规定，由于庞某不起诉离婚而单独提起损害赔偿请求，因此人民法院应不予受理，答案应选D。

## 《继承法》

### 重点法条

第二条 继承从被继承人死亡时开始。

#### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

1. 继承从被继承人生理死亡或被宣告死亡时开始。

失踪人被宣告死亡，以法院判决中确定的失踪人的死亡日期，为继承开始的时间。

2. 相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。

### 法条精解

本条是对继承开始的时间的规定。

1. 被继承人死亡的时间为继承开始的时间。死亡包括生理死亡与宣告死亡。生理死亡的时间为呼吸停止、心跳停止的时间。宣告死亡的时间为判决宣告之日。

2. 被宣告死亡人没有死亡的，其处分自己财产的行为或者所立遗嘱与被宣告死亡的法律后果相抵触的，以其实施的行为为准。

3. 死亡推定。《继承法意见》第2条规定，相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的：

（1）推定没有继承人的人先死亡。所谓“没有继承人的人”指除了与其在同一事件中死亡的相互有继承关系的人以外，该人没有其他继承人。

（2）死亡人各自都有继承人。所谓“死亡人各自都有继承人的”，指除了与其在同一事件中死亡的相互有继承关系的人以外，该人还有其他继承人的：推定长辈先死亡，晚辈后死亡，晚辈可以继承长辈的遗产；辈分相同的人推定为“同时死亡”，彼此不发生继承关系。

### 真题示例

（2008-3-60）王某与李某系夫妻，二人带女儿外出旅游，发生车祸全部遇难，但无法确定死亡的先后时间。下列哪些选项是正确的？

A. 推定王某和李某先于女儿死亡

B. 推定王某和李某同时死亡

C. 王某和李某互不继承

D. 女儿作为第一顺序继承人继承王某和李某的遗产

答案：ABCD。

解析：根据《继承法意见》第2条规定，王某、李某和女儿是相互有继承关系的人，他们相互之间都是彼此的继承人，在同一事件中死亡，不能确定死亡先后时间，王某和李某是其女儿的长辈，应该推定王某和李某先于其女儿死亡，其女儿作为第一顺序继承人继承王某和李某的遗产，A和D正确；又因为王某和李某是同一辈分，所以推定二人同时死亡，彼此不发生继承关系，B和C正确。所以本题正确答案是ABCD。

### 重点法条

第三条 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：



- (一) 公民的收入;
- (二) 公民的房屋、储蓄和生活用品;
- (三) 公民的林木、牲畜和家禽;
- (四) 公民的文物、图书资料;
- (五) 法律允许公民所有的生产资料;
- (六) 公民的著作权、专利权中的财产权利;
- (七) 公民的其他合法财产。

第四条 个人承包应得的个人收益,依照本法规定继承。个人承包,依照法律允许由继承人继续承包的,按照承包合同办理。

#### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

4. 承包人死亡时尚未取得承包收益的,可把死者生前对承包所投入的资金和所付出的劳动及其增值和孳息,由发包单位或者接续承包合同的人合理折价、补偿,其价额作为遗产。

### 法条精解

遗产是自然人死亡时遗留的个人合法的财产。

根据《继承法》第3条的规定,遗产具有以下特征:

1. 遗产是死亡自然人的个人财产,具有范围限定性,他人的财产不能作为遗产。
2. 遗产是自然人死亡时尚存的财产,具有时间的特定性。
3. 遗产是死亡自然人遗留的合法财产,具有合法性。
4. 遗产必须是死亡自然人遗留下来能够依法转移给他人的财产,具有可移转性。不能转移给他人承受的财产不能作为遗产。

### 重点法条

第五条 继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理。

#### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

5. 被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议,同时又立有遗嘱,继承开始后,如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触,遗产分别按协议和遗嘱处理;如果有抵触,按协议处理,与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。

6. 遗嘱继承人依遗嘱取得遗产后,仍有权依继承法第十三条的规定取得遗嘱未处分的遗产。

### 法条精解

本条规定的是各种继承方式的顺序。

遗赠扶养协议的法律效力高于法定继承和遗嘱继承。根据我国《继承法》第5条的规定:“继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理。”这表明,在财产继承中,如果各种继承方式并存,应首先执行遗赠扶养协议,其次是遗嘱继承和遗赠,最后才是法定继承。

具体来说:

1. 生前立有遗赠扶养协议的,按遗赠扶养协议的内容执行(遗赠扶养协议是指遗赠人与扶养人签订的,遗赠人的全部或部分财产在其死后按协议规定转移给扶养人所有,扶养人承担对遗赠人生养死葬义务的协议)。
2. 遗嘱继承。在遗嘱继承中,根据遗嘱的不同形式,其效力也就不同。遗嘱的主要形式有以下几种:公证遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱,当存在多种遗嘱并存的情况下,有公证遗嘱的,以最后所立的公证遗嘱中所作出的意思表示为准;没有公证遗嘱的,以最后所立遗嘱中的意思表示为准。
3. 在没有前两种的情况下,按照法律规定继承,即法定继承。

### 重点法条

第七条 继承人有下列行为之一的,丧失继承权:

- (一) 故意杀害被继承人的;



- (二) 为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- (三) 遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重的；
- (四) 伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

9. 在遗产继承中，继承人之间因是否丧失继承权发生纠纷，诉讼到人民法院的，由人民法院根据继承法第七条的规定，判决确认其是否丧失继承权。

10. 继承人虐待被继承人情节是否严重，可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面认定。

虐待被继承人情节严重的，不论是否追究刑事责任，均可确认其丧失继承权。

11. 继承人故意杀害被继承人的，不论是既遂还是未遂，均应确认其丧失继承权。

12. 继承人有继承法第七条第（一）项或第（二）项所列之行为，而被继承人以遗嘱将遗产指定由该继承人继承的，可确认遗嘱无效，并按继承法第七条的规定处理。

13. 继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕，可不确认其丧失继承权。

14. 继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人利益，并造成其生活困难的，应认定其行为情节严重。

### 法条精解

本条是关于继承权丧失事由的规定。

根据我国法律规定，继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

1. 故意杀害被继承人的。继承人故意杀害被继承人是一种严重的犯罪行为，不论是既遂还是未遂都丧失继承权。

2. 为争夺遗产而杀害其他继承人的。继承人杀害其他继承人，既包括法定继承人杀害遗嘱继承人的情形，也包括遗嘱继承人杀害法定继承人；既包括第一顺序继承人杀害第二顺序继承人，也包括第二顺序继承人杀害第一顺序继承人，根据司法解释继承人为争夺遗产而杀害其他继承人的，如果被继承人以遗嘱方式将遗产指定由该继承人继承的，可以确认遗嘱无效，并按《继承法》第8条处理。

3. 遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的。遗弃被继承人是指对没有劳动能力又没有生活来源的被继承人有扶养义务而拒不履行扶养义务；所谓虐待被继承人是指在被继承人生前对其从身体上或精神上进行摧残或者折磨。对遗弃被继承人的，不管情节是否严重，都丧失了继承权，但继承人如确有悔改表示且被遗弃人在生前表示宽恕的，可以不确认其丧失继承权。虐待被继承人情节是否严重，可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响而定。如果虐待被继承人情节严重，则丧失继承权，若继承人确有悔改表现且被虐待人生前表示宽恕的，可不确认其丧失继承权。

4. 伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。所谓伪造遗嘱是指以被继承人的名义制造假遗嘱；所谓篡改遗嘱是指改变被继承人所立的遗嘱的内容。所谓销毁遗嘱是指将被继承人所立的遗嘱毁灭。伪造、篡改或者销毁遗嘱情节是否严重是判断继承权是否丧失的标准。根据司法解释，如果继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的利益，并造成生活困难的，应认定其行为情节严重。

### 重点法条

第十条 遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。



## 【关联法条】

### 《继承法》

第十二条 丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

### 《继承法意见》

19. 被收养人对养父母尽了赡养义务，同时又对生父母扶养较多的，除可依继承法第十条的规定继承养父母的遗产外，还可依继承法第十四条的规定分得生父母的适当的遗产。

20. 在旧社会形成的一夫多妻家庭中，子女与生母以外的父亲的其他配偶之间形成抚养关系的，互有继承权。

21. 继子女继承了继父母遗产的，不影响其继承生父母的遗产。

继父母继承了继子女遗产的，不影响其继承生子女的遗产。

22. 收养他人作为养孙子女，视为养父母与养子女的关系，可互为第一顺序继承人。

23. 养子女与生子女之间、养子女与养子女之间，系养兄弟姐妹，可互为第二顺序继承人。

被收养人与其亲兄弟姐妹之间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除，不能互为第二顺序继承人。

24. 继兄弟姐妹之间的继承权，因继兄弟姐妹之间的抚养关系而发生。没有抚养关系的，不能互为第二顺序继承人。

继兄弟姐妹之间相互继承了遗产的，不影响其继承亲兄弟姐妹的遗产。

## 法条精解

第一顺序法定继承人包括：配偶、子女、父母。丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

第二顺序法定继承人包括：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。第一顺序的继承人有优先权，但同一顺序的继承人之间，无先后次序之分。继子女继承了继父母遗产的同时，不影响其继承生父母的遗产。

遗产分割时，应保留胎儿的应继承的份额。但胎儿出生后死亡的，保留的份额依法定继承办理。继承人以外的依靠继承人扶养的缺乏劳动能力又无生活来源的人，或继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分得适当的遗产。

## 真题示例

1. (2009-3-68) 钱某与胡某婚后生有子女甲和乙，后钱某与胡某离婚，甲、乙归胡某抚养。胡某与吴某结婚，当时甲已参加工作而乙尚未成年，乙跟随胡某与吴某居住，后胡某与吴某生下一女丙，吴某与前妻生有一子丁。钱某和吴某先后去世，下列哪些说法是正确的？

A. 胡某、甲、乙可以继承钱某的遗产

B. 甲和乙可以继承吴某的遗产

C. 胡某和丙可以继承吴某的遗产

D. 乙和丁可以继承吴某的遗产

答案：CD。

解析：本题考核遗产继承的相关规定。根据《继承法》第10条第1款规定可知，配偶的一方享有对另一方遗产的继承权。本题中，胡某虽然以前与钱某有婚姻关系，但是钱某去世时，他们已经离婚，胡某不再是钱某的配偶，则胡某不享有对钱某遗产的继承权。因此，A项错误。根据《继承法》第10条第3款规定，胡某与吴某结婚时，甲已参加工作且独立生活，而乙未成年跟随胡某与吴某居住。由此可知，甲与吴某之间没有形成扶养关系，而乙与吴某之间形成了扶养关系，即甲无权继承吴某的遗产，乙有权继承吴某的遗产。因此，B项错误。吴某去世时，胡某是吴某的配偶，根据《继承法》第10条第1款的规定，胡某有权继承吴某的遗产。丙是胡某与吴某的婚生子女，享有吴某遗产的继承权。因此，C项正确。吴某是丁的生父，丁享有对吴某遗产的继承权，乙与吴某形成了有扶养关系的继子女关系，乙有权继承吴某的遗产。因此，D项正确。

2. (2003-3-32) 田某死后留下五间房屋、一批字画以及数十万存款的遗产。田某生三子一女，长子早已病故，留下一子一女。就在两个儿子和一个女儿办理完丧事协商如何处理遗产时，小儿子因交通事故身亡，其女儿刚满周岁。田某的上述亲属中哪些人可作为第一顺序继承人继承他的遗产？

A. 二儿子和女儿

B. 小儿子

C. 小儿子之女

D. 大儿子之子女

答案：ABD。





**解析：**被继承人的配偶、子女、父母、对公婆、岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和女婿为第一顺序继承人。故选 A、B 项。代位继承是指在法定继承中被继承人的子女先于被继承人死亡或宣告死亡时，本应由继承人继承的遗产，由已死亡子女的晚辈直系血亲代位继承的法律制度。故选 D。如果被继承人的子女在继承开始后遗产分割前死亡的，则其应该继承的遗产份额转由其合法继承人继承，这不是代位继承而是转继承。此时小儿子之女是小儿子的继承人，而不是田某的继承人。故不选 C。

## 重点法条

第十一条 被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。

### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

25. 被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈数的限制。

26. 被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可代位继承；被继承人亲生子女的养子女可代位继承；被继承人养子女的养子女可代位继承；与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承。

27. 代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要赡养义务的，分配遗产时，可以多分。

28. 继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。

## 法条精解

### 1. 代位继承的概念

代位继承是和本位继承相对应的一种继承制度，是法定继承的一种特殊情况。它是指被继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人子女的晚辈直系血亲代替先死亡的长辈直系血亲继承被继承人遗产的一项法定继承制度，又称间接继承、承租继承。先于被继承人死亡的继承人，称被代位继承人，简称被代位人。代替被代位人继承遗产的人称代位继承人，简称代位人。代位人代替被代位人继承遗产的权利，叫代位继承权。

### 2. 代位继承的构成要件

适用代位继承必须符合以下条件：

(1) 被代位人必须先于被继承人死亡。这既是我国代位继承成立的首要条件和唯一原因，也是其与转继承的重要区别之一。

(2) 先死亡的被代位人，必须是被继承人的子女，其他继承人如被继承人的配偶、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等先于被继承人死亡，不发生代位继承。我国规定的被代位人的范围最窄，这与继承立法缩小继承人范围的趋势是相吻合的。

(3) 代位继承人必须是被代位人的晚辈直系血亲。各国法律均规定，代位继承只能是被代位继承人的直系卑亲属，被代位人的旁系血亲或直系长辈血亲均无权代位继承。原则上代位继承人没有代数限制。我国《继承法》第 11 条规定，“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承”。《继承法意见》中又进一步明确指出，被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、曾外孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈分限制。

(4) 被代位人生前必须享有继承权，如被代位继承人基于法定事由丧失继承权，则连带引起代位继承权的消灭。《继承法意见》第 28 条规定，“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不能代位继承”。

(5) 代为继承只适用于法定继承，在遗嘱继承中不适用。亦即只有被代位继承人的法定继承权才能被代位，如其享有的是遗嘱继承权，则该遗嘱会因先于被继承人死亡而失效，此时不发生代位继承。

(6) 代位继承人无论人数多少，原则上只能继承被代位继承人有权继承的份额。

### 3. 代位继承的效力

具备以上要件时，代位继承人以被代位继承人之顺序进行继承。在继承时，代位继承人只能继承被代位人的应继份额。如果有两个以上的代位继承人，则由他们共同继承，按人数均分被代位人的应继份额。



我国《继承法》第11条明确规定,“代位继承人一般只能继承他们父亲或者母亲有权继承的遗产份额”。

### 真题示例

(2005-3-84) 马俊1991年去世,其妻张桦1999年去世,遗有夫妻共有房屋5间。马俊遗有伤残补助金3万元。张桦1990年以个人名义在单位集资入股获得收益1万元。双方生有一子马明,1995年病故。马明生前与胡芳婚后育有一子马飞。张桦长期患病,生活不能自理,由表侄常生及改嫁儿媳胡芳养老送终。5间房屋于2001年11月被拆迁,拆迁单位与胡芳签订《危旧房改造货币补偿协议书》,胡芳领取作价补偿款、提前搬家奖励款、搬迁补助费、货币安置奖励费、使用权补偿款共计25万元。下列关于胡芳及其子女遗产继承权的说法何者正确?

- A. 胡芳对张桦尽了主要赡养义务,应列为第一顺序继承人
- B. 马飞对张桦的遗产享有代位继承权
- C. 胡芳再婚后所生子女对张桦的遗产享有代位继承权
- D. 马飞对马俊的遗产享有转继承权

答案: ABD。

解析: 根据《继承法》第12条, 尽到赡养义务的儿媳是第一顺序继承人。据此, A项正确。根据《继承法》第11条规定, 马明(于1995年病故)系张桦(于1999年去世)之子, 先于张桦死亡, 因此, 马飞作为被继承人张桦的孙子, 对张桦的遗产享有代位继承权。可见, C项说法错误。根据《继承法意见》第52条规定, 马明作为马俊的法定继承人, 在马俊的遗产分割前死亡, 因其未放弃继承, 其继承马俊遗产的权利应当转移给他的合法继承人马飞。可见, D项说法正确。

### 重点法条

第十三条 同一顺序继承人继承遗产的份额, 一般应当均等。对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人, 分配遗产时, 应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人, 分配遗产时, 可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人, 不尽扶养义务的, 分配遗产时, 应当不分或者少分。继承人协商同意的, 也可以不均等。

#### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

30. 对被继承人生活提供了主要经济来源, 或在劳务等方面给予了主要扶助的, 应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。

33. 继承人有扶养能力和扶养条件, 愿意尽扶养义务, 但被继承人因有固定收入和劳动能力, 明确表示不要求其扶养的, 分配遗产时, 一般不应因此而影响其继承份额。

34. 有扶养能力和扶养条件的继承人虽然与被继承人共同生活, 但对需要扶养的被继承人不尽扶养义务, 分配遗产时, 可以少分或者不分。

### 法条精解

本条是关于遗产分配原则的规定。

1. 各继承人在生活条件和对被继承人所尽的义务大抵相同时, 所获得的遗产份额应当均等。

2. 对生活有特殊困难, 缺乏劳动能力的继承人, 如未成年人、丧失劳动能力的人, 对被继承人尽了主要扶助义务或与被继承人共同生活在一起的人, 可以多分。

3. 对那些有扶养能力和扶养条件而不尽扶养义务的继承人, 在分配遗产时, 应当不分或者少分。但是, 对那些虽然扶养能力小, 扶养条件差, 而尽最大努力扶养被继承人的, 或者没有扶养能力和扶养条件的继承人, 不但不应少分给他们遗产, 而且还应该适当地多分给他们。

4. 继承人协商同意的也可以不均等。即同一顺序的继承人在继承开始后, 对遗产的分配达成协议时, 可按协议处理。

5. 对于那些有扶养能力和扶养条件的继承人, 因为被继承人有固定收入和劳动能力, 不要求继承人扶养而没有尽扶养义务的, 在分配遗产时, 也不应该因为这个而影响其继承的份额。

### 真题示例

(2006-3-67) 唐某有甲、乙、丙成年子女三人, 于2002年收养了孤儿丁, 但未办理收养登记。甲生活



条件较好但未对唐某尽赡养义务，乙丧失劳动能力又无其他生活来源，丙长期和甲共同生活。2004 年 5 月唐某死亡，因分配遗产发生纠纷。下列哪些说法是正确的？

- A. 甲应当不分或者少分遗产
- B. 乙应当多分遗产
- C. 丙可以多分遗产
- D. 丁可以分得适当的遗产

答案：ABCD。

解析：根据《继承法》第 13 条规定，甲由于有扶养能力而不对唐某尽扶养义务，应不分或少分遗产，乙由于丧失劳动能力又无其他生活来源则应多分遗产，丙长期和甲共同生活可以多分遗产，故 A、B、C 项正确。由于未办理收养登记，唐某和丁之间的收养关系是不成立的，丁是不能继承唐某的遗产的。根据《继承法》第 14 条的规定，D 项的说法也是正确的。

重点法条

第十四条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。

法条精解

在法定继承中，除了那些享有合法继承权的人参与继承外，《继承法》第 14 条还赋予一些符合一定条件但没有继承权的人取得一定遗产的权利。这种权利不是继承权，法律之所以赋予该权利是因为他们和被继承人之间存在着特别扶养关系，这是保障人权和弘扬美德的必要要求。下列人员享有分得适当遗产的权利：

1. 依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人；
2. 对被继承人扶养较多的人。

即使其为继承人，但若未实际参加遗产分配，属于以上情形之一的，便享有遗产取得权。这种遗产取得权是一项独立的民事权利，当其受到侵害时，权利人有权以独立的诉讼主体资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时，明知而未提出请求的一般不予受理；不知而未提出请求时，在知道后 2 年内起诉的，人民法院应予以受理。

真题示例

（2005 - 3 - 83）马俊 1991 年去世，其妻张桦 1999 年去世，遗有夫妻共有房屋 5 间。马俊遗有伤残补助金 3 万元。张桦 1990 年以个人名义在单位集资入股获得收益 1 万元。双方生有一子马明，1995 年病故。马明生前与胡芳婚后育有一子马飞。张桦长期患病，生活不能自理，由表侄常生及改嫁儿媳胡芳养老送终。5 间房屋于 2001 年 11 月被拆迁，拆迁单位与胡芳签订《危旧房改造货币补偿协议书》，胡芳领取作价补偿款、提前搬家奖励款、搬迁补助费、货币安置奖励费、使用权补偿款共计 25 万元。下列关于常生可否得到补偿的说法何者正确？

- A. 应当得到补偿，分配数额应当小于法定继承人
- B. 应当得到补偿，分配数额可以等于或大于法定继承人的继承份额
- C. 如常生明知法定继承人分割遗产而未提出请求，即丧失遗产分配权
- D. 如常生要求参与分割遗产，应在继承开始后 1 年内提出请求

答案：BC。

解析：根据《继承法》第 14 条和《继承法意见》第 31 条规定，B 的表述是“可以”，故正确；而 A 的表述是“应当”，故错误。《继承法意见》第 32 条规定，依《继承法》第 14 条规定可以分给适当遗产的人，在其依法取得被继承人遗产的权利受到侵犯时，本人有权以独立的诉讼主体的资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时，明知而未提出请求的，一般不予受理；不知而未提出请求，在 2 年以内起诉的，应予受理。故 C 正确，D 错误。

重点法条

第十七条 公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

35. 继承法实施前订立的，形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效。

40. 公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。

### 法条精解

1. 遗嘱的形式是指遗嘱人处分财产的意思表示方式。根据《继承法》第17条的规定，遗嘱的法定形式有以下五种：

(1) 公证遗嘱。公证遗嘱是指经过国家公证机关依法认可其真实性与合法性的书面遗嘱。公证遗嘱由遗嘱人向公证机关申请办理，与其他遗嘱方式相比，最为严格，更能保障遗嘱意思表示的真实性，因而效力最高。《继承法》第20条第3款规定，自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

(2) 自书遗嘱。自书遗嘱是指由遗嘱人亲笔书写制作的遗嘱。这种遗嘱设立形式简便易行，具有较强的保密性，是最常用的遗嘱形式。《继承法》第17条第2款规定，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。自然人在涉及死后个人财产处分的内容，确为死者的真实意思表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。

(3) 代书遗嘱。代书遗嘱是由遗嘱人口述遗嘱内容，他人代为书写而制作的遗嘱，又称为代笔遗嘱或口授遗嘱。《继承法》第17条第3款规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。遗嘱人不会书写自己名字的，可按手印代替签名。

(4) 录音遗嘱。录音遗嘱是指以录音方式录制下来的遗嘱人的口述遗嘱。《继承法》第17条第4款规定：以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。见证人也应当将自己的见证证言录制在录音遗嘱的磁带上。

(5) 口头遗嘱。口头遗嘱是指由遗嘱人口头表述的，而不以任何方式记载的遗嘱。我国《继承法》第17条第5款规定：遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。

为保证遗嘱的真实性，《继承法》第17条规定，代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱都须有两个以上的见证人在场见证。

2. 遗嘱见证人证明的真伪直接关系到遗嘱的效力和遗产的处置，因此《继承法》第18条对遗嘱见证人的资格作了规定，下列三类人员不能作为遗嘱见证人：

(1) 无行为能力人或限制行为能力人；

(2) 继承人、受遗赠人；

(3) 与继承人、受遗赠人有利害关系的人。继承人、受遗赠人的债权人、债务人、共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系的人，不能作为遗嘱的见证人。

### 重点法条

第十九条 遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

37. 遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。

### 法条精解

本条是为继承人保留必要遗产份额的规定。

我国《继承法》规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”据此，凡同时具备下列条件的人，遗嘱人通过遗嘱方式处分其财产时，得为其保留必要份额：







1. 必须属于法定继承人范围之内。即应当属于遗嘱人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等。由于法定继承人有顺序上的限制,因此属于法定继承人范围的人并不一定取得继承权。只有取得继承权的遗嘱人才有义务在符合法定条件时为其保留必要的遗产份额。也就是说,在有第一顺序继承人时,第二顺序的继承人无法享受遗嘱应当为其“保留必要的遗产份额”的权利,在此时只有第一顺序继承人或第一顺序继承人放弃继承或丧失继承权时,第二顺序继承人才有该权利。

2. 法定继承人缺乏劳动能力。所谓缺乏劳动能力,是指在被继承人死亡时,该法定继承人不具备或不完全具备劳动的能力,不能凭其劳动获得必要的生活资料。

3. 法定继承人没有生活来源。所谓“没有生活来源”是指不能从社会或其他个人获得必要的生产资料,不能维持个人最低物质生活水平。

只有同时具备上述三个条件,该公民才享有为其保留“必要的遗产份额”权利。

### 真题示例

(2004-3-17) 甲有二子乙、丙,甲于1996年立下遗嘱将其全部财产留给乙。甲于2004年4月死亡。经查,甲立遗嘱时乙17岁,丙14岁,现乙、丙均已工作。甲的遗产应如何处理?

- A. 乙、丙各得二分之一  
B. 乙得三分之二,丙得三分之一  
C. 乙获得全部遗产  
D. 丙获得全部遗产

答案:C。

解析:根据《继承法》第19条和《继承法意见》第37条规定,因遗嘱自遗嘱人死亡时生效,遗嘱生效时,丙已工作,不属于缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人,故按甲的遗嘱处理,乙获得全部遗产。

### 重点法条

第二十条 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。

立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准。

自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。

#### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

42. 遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱,其中有公证遗嘱的,以最后所立公证遗嘱为准;没有公证遗嘱的,以最后所立的遗嘱为准。

### 法条精解

本条规定了遗嘱变更和撤销的推定方式。

1. 遗嘱人立有数份遗嘱的,且内容相互抵触的,以最后所立的遗嘱为准,推定后立遗嘱变更或撤销前立的遗嘱。

2. 遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反,而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失,或所有权移转、部分移转的,遗嘱视为被撤销或部分被撤销。

3. 遗嘱人故意销毁遗嘱的,推定遗嘱人撤销遗嘱。原遗嘱毁坏后是否又立新遗嘱不影响推定的效力。

### 真题示例

(2008-3-14) 甲立下一份公证遗嘱,将大部分财产留给儿子乙,少部分的存款留给女儿丙。后乙因盗窃而被判刑,甲伤心至极,在病榻上当着众亲友的面将遗嘱烧毁,不久去世。乙出狱后要求按照遗嘱的内容继承遗产。对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 乙有权依据遗嘱的内容继承遗产  
B. 乙只能依据法定继承的规定继承遗产  
C. 乙无权继承任何遗产  
D. 可以分给乙适当的遗产

答案:A。

解析:根据《继承法》第20条规定可知,公证遗嘱的推翻方式只有三种:①再次公证;②对财产(非遗嘱)法律上的处分;③对财产(非遗嘱)事实上的处分。当众撕毁不影响公证遗嘱的效力,所以本题中,虽然甲将公证遗嘱烧毁,但是并没有改变原来的公证遗嘱的内容,所以乙有权依据遗嘱的内容继承遗产,A的说法是正确的,当选。

## 重点法条

第二十二条 无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

41. 遗嘱人立遗嘱时必须具有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来有了行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。

## 法条精解

### 1. 无效遗嘱的概念

无效遗嘱是指订立遗嘱违反法律规定，导致其不能生效的遗嘱。

### 2. 遗嘱无效的情形

(1) 无行为能力人、限制行为能力人所立遗嘱无效。《继承法》第22条第1款规定：“无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。”《继承法意见》第41条规定：“遗嘱人立遗嘱时必须具有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来又有了行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。”无行为能力人包括不满10周岁的未成年人，不能完全辨认自己行为的精神病人。限制行为能力人指10周岁以上不满18周岁的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人。

实践中，对遗嘱能力的确定还应注意几种情况：①间歇性精神病人，精神正常时，所立遗嘱有效，发病期间所立遗嘱无效；②精神病治愈后的成年人，所立遗嘱有效；③被诊断为痴呆症及年老而神志不清的人所立遗嘱无效。

(2) 违背遗嘱人真实意思的遗嘱无效。《继承法》第22条规定，“遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的，篡改的内容无效”。

(3) 遗嘱中没有对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要份额的，遗嘱无效。《继承法》第19条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”因此，违反此条规定的遗嘱无效。

(4) 处分不属于自己财产的遗嘱内容无效。《继承法意见》第38条规定“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产的，遗嘱的这部分，应认定无效。”

## 重点法条

第二十五条 继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

46. 继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。

47. 继承人放弃继承应当以书面形式向其他继承人表示。用口头方式表示放弃继承，本人承认，或有其他充分证据证明的，也应当认定其有效。

48. 在诉讼中，继承人向人民法院以口头方式表示放弃继承的，要制作笔录，由放弃继承的人签名。

49. 继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后、遗产分割前作出。遗产分割后表示放弃的不再是继承权，而是所有权。

50. 遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承翻悔的，不予承认。

51. 放弃继承的效力，追溯到继承开始的时间。

52. 继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法



53. 继承开始后, 受遗赠人表示接受遗赠, 并于遗产分割前死亡的, 其接受遗赠的权利转移给他的继承人。

## 法条精解

### 1. 继承权的接受与放弃

(1) 继承开始后, 继承人放弃继承的, 应当在遗产处理前, 作出放弃继承的表示。没有表示的, 视为接受继承。

(2) 受遗赠人应当在知道受遗赠后 2 个月内, 作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的, 视为放弃受遗赠。

### 2. 继承权放弃的撤回

(1) 遗产分割前, 放弃继承权的继承人翻悔的, 由人民法院酌情决定是否恢复其继承权;

(2) 遗产分割后, 放弃继承权的继承人翻悔的, 不予支持。

### 3. 放弃受遗赠权的, 不得撤回

受遗赠人放弃受遗赠的, 自继承开始时即丧失受遗赠权, 其受遗赠的财产按照法定继承处理。

### 4. 继承或遗赠的接受与放弃的共同特点

(1) 接受与放弃继承、受遗赠, 根据继承人、受遗赠人单方的意思表示即为有效。

继承权与受遗赠权属于继承人或受遗赠人的一种财产权利, 继承人或受遗赠人既可以表示接受, 也可以表示放弃, 是单方的法律行为。无论是法定继承人、遗嘱继承人, 或者是受遗赠人, 只要作出接受或放弃的意思表示即为有效, 无须征得其他继承人的同意。

(2) 接受或放弃继承、受遗赠的意思表示一般应由继承人或受遗赠人亲自作出。

为确实反映继承人或受遗赠人接受继承、受遗赠或放弃继承、受遗赠的真实意愿, 其意思表示一般应由继承人或受遗赠人亲自作出。接受继承的意思表示, 在法定继承的情况下, 首先由顺位在先的法定继承人作出。然后才可能由第二顺序的继承人作出; 在遗嘱继承的情况下, 由于没有继承顺序的限制, 因而所有遗嘱继承人都有权表示接受继承。如果法定继承人或遗嘱继承人、受遗赠人因为某种原因不能亲自表示自己接受继承的意思表示时, 也可以委托代理人代为表示。如果继承人或受遗赠人是无行为能力或限制行为能力人时, 其接受继承的意思表示由其法定代理人代为作出。但是, 继承人放弃继承的意思表示, 受遗赠人放弃受遗赠的意思表示, 不能由其法定代理人代为表示。《继承法意见》第 8 条规定, “法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权、受遗赠权。明显损害被代理人利益的, 应认定其代理行为无效”。因为放弃继承或受遗赠的意思表示涉及继承人、受遗赠人的切身利益, 一般应当由具体行为能力的继承人或受遗赠人亲自作出。法定代理人不能代理被代理人表示放弃继承或受遗赠。如果确实因为某种原因, 需要由法定代理人代为作出放弃继承或者受遗赠的意思表示时, 必须是在接受继承或遗赠明显对继承人或受遗赠人不利时, 方可作出。

## 真题示例

(2006-3-21) 甲死后留有房屋 1 套、存款 3 万元和古画 1 幅。甲生前立有遗嘱, 将房屋分给儿子乙, 存款分给女儿丙, 古画赠予好友丁, 并要求丁帮丙找份工作。下列哪种说法是正确的?

- A. 甲的遗嘱部分无效
- B. 若丁在知道受遗赠后 2 个月内没有作出接受的意思表示, 则视为接受遗赠
- C. 如古画在交付丁前由乙代为保管, 若意外灭失, 丁无权要求乙赔偿
- D. 如丁在作出了接受遗赠的意思表示后死亡, 则其接受遗赠的权利归于消灭

答案: C。

解析: 根据《继承法》第 16 条规定, 甲的遗嘱是有效的, A 项错误。根据《继承法》第 25 条第 2 款规定, B 项错误。根据《继承法意见》第 53 条规定, D 项是错误的。对于保管行为, 保管物意外灭失, 保管人不承担责任, 故本题选 C。

## 重点法条

第二十七条 有下列情形之一的, 遗产中的有关部分按照法定继承办理:

- (一) 遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的;
- (二) 遗嘱继承人丧失继承权的;



- (三) 遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；
- (四) 遗嘱无效部分所涉及的遗产；
- (五) 遗嘱未处分的遗产。

### 法条精解

在出现上述情形时，应该按照法定继承办理。

### 重点法条

第二十八条 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

#### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

45. 应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的应从继承人所继承的遗产中扣回。

为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。

### 法条精解

依《继承法》第28条规定，遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。胎儿是指在被继承人死亡时其配偶已经受孕，但尚未出生的子女。由于自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡，因此，从这个意义上讲，胎儿是不享有继承权的。但为了贯彻养老育幼原则，我国继承法规定，当被继承人死亡、继承开始时，如果被继承人遗留有尚未出生的胎儿，那么各继承人在分配被继承人遗产时，就应当为这个胎儿保留一份遗产。保留的遗产数额，一般应与被继承人已出生的子女所继承的遗产数额相等。但是，为胎儿保留的遗产，并不意味着该胎儿立即继承了这份遗产，取得了这份遗产的所有权。这只是为胎儿保留的遗产，只有等到将来胎儿活着出生成为婴儿时，他才能取得这份遗产的继承权。这份遗产才归他所有。通常情况下，这份遗产由他的母亲以法定代理人的身份代为保管和行使有关权利。胎儿出生是死体的，保留的份额按法定继承办理；如果胎儿出生时是活体，但出生后很快就死亡了，为他保留的这份遗产就属于他的遗产，应由他的法定继承人按照法律规定的继承顺序继承。

### 重点法条

第三十三条 继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。

#### 【关联法条】

#### 《继承法意见》

61. 继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按继承法第三十三条和民事诉讼法第一百八十条的规定清偿债务。

### 法条精解

#### 1. 被继承人债务的确定

(1) 被继承人的债务是指被继承人个人生前依法应该缴纳的税款、罚金以及应由他个人偿还的合法的财产性债务。一类是公法领域中的财产义务，另一类是私法领域中的债务。被继承人的债务应由其个人清偿。在被继承人死亡的情况下，取得遗产的人应该在取得的遗产份额实际价值之内来清偿债务。

#### (2) 被继承人的债务与其家庭共同债务的区别。

家庭共同债务是指为了家庭成员共同利益而形成的债务，这种债务应由家庭的共有财产来清偿，不能被继承人的遗产进行全部清偿。家庭共同债务中应由被继承人清偿的部分应确定为被继承人的债务。

#### (3) 应区别被继承人的债务与以被继承人个人名义欠下的债务。

因继承人不尽扶养、赡养义务，被继承人迫于生活需要以个人名义欠下的债务，这种债务应先用遗产清偿，对不足部分继承人仍然负有清偿义务。





(4) 应区别被继承人债务与继承费用。继承费用应当从遗产中支付,但不属于被继承人债务。

## 2. 清偿被继承人债务的原则

继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务,缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分,继承人自愿偿还的不在此限。遗产已被分割而未清偿债务时,如有法定继承人又有遗嘱继承人和受遗赠人的,先由法定继承人用其所得遗产清偿债务;不足清偿时,剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还;放弃继承或受遗赠的,不再承担偿还债务的责任。

### 真题示例

(2009-3-62) 何某死后留下一间价值六万元的房屋和四万元现金。何某立有遗嘱,四万元现金由四个子女平分,房屋的归属未作处理。何某女儿主动提出放弃对房屋的继承权,于是三个儿子将房屋变卖,每人分得两万元。现债权人主张何某生前曾向其借款十二万元,并有借据为证。下列哪些说法是错误的?

- A. 何某已死,债权债务关系消灭
- B. 四个子女平均分担,每人偿还三万元
- C. 四个子女各自以继承所得用于清偿债务,剩下两万元由四人平均分担
- D. 四个子女各自以继承所得用于清偿债务,剩下两万元四人可以不予清偿

答案: ABC。

解析: 本题考核遗嘱继承、法定继承和被继承人债务的承担。根据《继承法》第33条规定,债权债务关系不因债务人的死亡而当然消灭,死者有财产的,要用其财产承担生前债务。因此, A项错误。本案中,何某女儿放弃了对房屋的继承,仅对现金继承了1万,因此,她仅需要对债权人负担偿还1万的义务。另外,本案中,被继承人所有的遗产总和价值是10万,继承人仅需要在继承10万元的财产范围内承担还债责任,对于剩余的2万元债务,4人可以不予清偿,当然如果有继承人自愿清偿的,法律也不禁止。因此, B、C项错误, D项正确。

## 《收养法》

### 重点法条

第六条 收养人应当同时具备下列条件:

- (一) 无子女;
- (二) 有抚养教育被收养人的能力;
- (三) 未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病;
- (四) 年满三十周岁。

第七条 收养三代以内同辈旁系血亲的子女,可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第九条和被收养人不满十四周岁的限制。

华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女,还可以不受收养人无子女的限制。

### 【关联法条】

#### 《收养法》

第四条 下列不满十四周岁的未成年人可以被收养:

- (一) 丧失父母的孤儿;
- (二) 查找不到生父母的弃婴和儿童;
- (三) 生父母有特殊困难无力抚养的子女。

第五条 下列公民、组织可以作送养人:

- (一) 孤儿的监护人;
- (二) 社会福利机构;
- (三) 有特殊困难无力抚养子女的生父母。

### 法条精解

1. 根据《收养法》规定,收养人应同时具备的条件为:



(1) 无子女。所谓“无子女”是指收养人既没有亲生子女，也没有养子女和继子女。

(2) 有抚养教育被收养人的能力。所谓“有抚养教育被收养人的能力”，是指收养人应当具有完全民事行为能力，在身体、智力、经济、道德品质和教育子女等方面具有抚养和教育被收养人的能力，能够履行父母对子女应尽的义务。

(3) 未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病。所谓“未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病”，主要是指精神疾病和传染病。

(4) 年满30周岁。所谓“年满三十周岁”，是包括30周岁本数在内。夫妻共同收养，则必须双方都年满30周岁。

2. 有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。

3. 无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差40周岁以上。

4. 收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受“生父母有特殊困难无力抚养子女”、“收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上”和“被收养人不满十四周岁”的限制。

所谓“三代以内同辈旁系血亲”，是指兄弟姐妹和第三代堂、表兄弟姐妹；“三代以内同辈旁系血亲的子女”，是指兄弟姐妹的子女和第三代堂、表兄弟姐妹的子女，即侄子女、外甥、外甥女和第四代的堂子女、表侄子女、表外甥、表外甥女。

5. 收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童，可以不受收养人无子女和收养一名的限制。

### 真题示例

(2008-3-18) 吴某(女)16岁，父母去世后无其他近亲，吴某的舅舅孙某(50岁，离异，有一个19岁的儿子)提出愿将吴某收养。孙某咨询律师收养是否合法，律师的下列哪一项答复是正确的？

- A. 吴某已满16岁，不能再被收养
- B. 孙某与吴某年龄相差未超过40岁，不能收养吴某
- C. 孙某已有子女，不能收养吴某
- D. 孙某可以收养吴某

答案：D。

解析：《收养法》第7条规定，收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第4条第3项(生父母有特殊困难无力抚养的子女)、第5条第3项(有特殊困难无力抚养子女的生父母)、第9条(无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差40周岁以上)和被收养人不满14周岁的限制。由此本题中D是正确的。

### 重点法条

第二十三条 自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。

养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

### 法条精解

收养成立的法律效力。依照中国《婚姻法》第20条“养父母和养子女的权利义务，适用本法对父母子女关系的有关规定”，《收养法》“养子女和生父母间的权利义务，因收养关系的成立而消除”的规定，收养的法律效力主要为：

1. 养父母与养子女之间产生法律拟制的父母子女关系。从收养成立之日起，被收养人便取得与收养人婚生子女完全相同的法律地位和权利义务。养子女身份也发生变化，但姓氏不是判断是否存在收养关系的标志。养子女的姓氏可以改为养父母的姓氏，也可以不改换姓氏。

2. 养子女与生父母间的权利义务消除。为保证收养关系的稳定，防止和减少纠纷，养子女和生父母间的权利义务，自收养成立之日起消除。

3. 养子女与养父母的亲属之间，产生拟制血亲关系。中国《继承法》第10条，在解释法定继承人范围时明确规定：本法所说的子女、父母、兄弟姐妹包括养子女、养父母、养兄弟姐妹。



(2006-3-22) 张某 1 岁时被王某收养并一直共同生活。张某成年后, 将年老多病的生父母接到自己家中悉心照顾。2000 年, 王某、张某的生父母相继去世。下列哪种说法是正确的?

- A. 张某有权作为第一顺序继承人继承生父母的财产
- B. 张某有权作为第二顺序继承人继承生父母的财产
- C. 张某无权继承养父王某的财产
- D. 张某可适当分得生父母的财产

答案: D。

解析: 根据《收养法》第 23 条规定, 由于张某已被王某收养, 张某无权继承生父母的财产, 但可以继承其养父王某的财产。故 A 项、B 项、C 项是错误的。《继承法》第 14 条规定, 对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人, 或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人, 可以分配给他们适当的遗产。所以 D 项是正确的。

## 重点法条

第二十六条 收养人在被收养人成年以前, 不得解除收养关系, 但收养人、送养人双方协议解除的除外, 养子女年满十周岁以上的, 应当征得本人同意。

收养人不履行抚养义务, 有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的, 送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的, 可以向人民法院起诉。

第二十七条 养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的, 可以协议解除收养关系。不能达成协议的, 可以向人民法院起诉。

第二十八条 当事人协议解除收养关系的, 应当到民政部门办理解除收养关系的登记。

第二十九条 收养关系解除后, 养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除, 与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复, 但成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复, 可以协商确定。

第三十条 收养关系解除后, 经养父母抚养的成年养子女, 对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母, 应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的, 养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费。

生父母要求解除收养关系的, 养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的生活费和教育费, 但因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。

## 法条精解

收养关系涉及人身关系和财产关系, 收养关系解除后, 有关当事人的人身关系和财产关系也会发生相应的变更。

### 1. 人身关系方面的变更

- (1) 养子女与养父母及其近亲属间的拟制血亲关系消除, 因收养而产生的权利义务终止;
- (2) 未成年的养子女与生父母及其近亲属间的权利义务自行恢复;
- (3) 成年养子女与生父母及其近亲属间的权利义务是否恢复, 须由双方协商决定。

### 2. 财产关系方面的变更

(1) 收养关系解除时, 养父母与养子女因共同生活所形成的共同财产应依法进行分割。属于一方所有的财产仍归该方所有, 养子女通过继承、遗赠、赠与等所得的财产, 有权带走。

(2) 收养关系依生父母要求解除的, 养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支付的生活费和教育费, 但因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的, 养父母不得要求补偿。

(3) 收养关系解除后, 缺乏劳动能力又无生活来源的养父母, 对由其抚养长大的成年养子女, 有要求给付生活费的权利。

(4) 因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的, 养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费。



# 《专利法》

## 重点法条

第二条 本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。

发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。

实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。

外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第二条 专利法所称发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。

专利法所称实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。

专利法所称外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

## 法条精解

专利权的客体即我国专利法规定并受到专利法保护的发明创造，具体指发明、实用新型和外观设计。三种发明创造在获得专利权保护的情况下，分别称为：发明专利、实用新型专利、外观设计专利。

### 1. 发明

专利法意义上的发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的技术方案。发明可以分为产品发明和方法发明两大类。

### 2. 实用新型

实用新型是指对产品的形状、构造或者其组合所提出的新的技术方案。实用新型与发明的主要区别在种类和范围上比发明小得多，只限于有形体的产品；在技术水平上低于发明。

### 3. 外观设计

外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或其组合作出的富有美感的并适用工业应用的新设计。外观设计的特点是：将美术设计与产品相结合的产物，不涉及产品的实用功能，只是起到美化产品的作用。

## 重点法条

第五条 对违反法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造，不授予专利权。

对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造，不授予专利权。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第九条 专利法第五条所称违反国家法律的发明创造，不包括仅其实施为国家法律所禁止的发明创造。

## 法条精解

本条是关于不授予专利权对象的规定。

1. 违反法律、社会公德或妨害公共利益的发明创造；

2. 违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造。

## 真题示例

1. (2002-3-53) 依据《专利法》的有关规定，下列哪些情况不授予专利权？

A. 甲发明了仿真伪钞机

B. 乙发明了对糖尿病特有的治疗方法

C. 丙发现了某植物新品种

D. 丁发明了某植物新品种的生产方法

答案：ABC。

解析：本题考核不授予专利权的条件。根据《专利法》第5条规定，A项当选。根据《专利法》第25





条所规定，B、C 应选。而选项 D 中丁发明了某植物新品种的生产方式应当授予专利权。

## 重点法条

第六条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。

非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。

利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第十一条 专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：

（一）在本职工作中作出的发明创造；

（二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；

（三）辞职、退休或者调离工作后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

专利法第六条所称本单位，包括临时工作单位；专利法第六条所称本单位的物质技术条件，是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。

第十二条 专利法所称发明人或者设计人，是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。在完成发明创造过程中，只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人，不是发明人或者设计人。

## 法条精解

我国专利法把发明创造分为职务发明创造和非职务发明创造两类。根据专利法及其实施细则的规定，下列情况下完成的发明创造都是职务发明创造：

1. 发明人在本职工作中完成的发明创造。

2. 履行本单位交付的与本职工作之外的任务时所完成的发明创造。

3. 主要利用本单位的物质条件（包括资金、设备、零部件、原材料或者不向外公开的技术资料等）完成的发明创造。

4. 辞职、退休或者调离工作 1 年内作出的与其在原单位承担的本职工作或者分配的任务有关的发明创造。

上述情况以外作出的发明创造是非职务发明创造。职务发明创造的专利申请权属于单位。非职务发明创造的专利申请权归个人所有。

## 重点法条

第八条 两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人。

## 法条精解

本条规定合作发明和委托发明的专利权归属。

对单位合作完成以及单位委托完成的发明创造，我国《专利法》第 8 条规定：两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人。这里贯彻的仍然是合同自由的原则。只有在当事人之间缺乏明确的权利归属意思表示时，法律才推定发明创造的专利申请权和取得的专利权归属发明创造完成人，这体现了对发明创造完成人智力投入和创新行为的保护。

## 重点法条

第九条 同样的发明创造只能授予一项专利权。但是，同一申请人同日对同样的发明创造既申请实用



新型专利又申请发明专利，先获得的实用新型专利权尚未终止，且申请人声明放弃该实用新型专利权的，可以授予发明专利权。

两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利的，专利权授予最先申请的人。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第十三条 同样的发明创造只能被授予一项专利。

依照专利法第九条的规定，两个以上的申请人在同一日分别就同样的发明创造申请专利的，应当在收到国务院专利行政部门的通知后自行协商确定申请人。

### 法条精解

1. 对于同样的发明创造只能授予一项专利权。

2. 先申请原则。即两个以上的申请人分别就同样的发明申请专利时，不管是谁最先完成的发明，专利权授予最先提出专利申请的申请人。世界上绝大多数国家都采用先申请原则。我国采用先申请原则。我国的单位或者个人完成发明创造后，应当及时提出专利申请，过晚提出申请，就有可能被他人抢先提出专利申请而失去取得专利权的机会。但是，发明创造构思尚不成熟，或者申请文件尚未准备充分，则不宜仓促提出专利申请，不然在以后的审批程序中出现问题的，也会影响专利权的取得。

### 重点法条

第十条 专利申请权和专利权可以转让。

中国单位或者个人向外国人、外国企业或者外国其他组织转让专利申请权或者专利权的，应当依照有关法律、行政法规的规定办理手续。

转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第十四条 中国单位或者个人向外国人转让专利申请权或者专利权的，由国务院对外经济贸易主管部门会同国务院科学技术行政部门批准。

第十五条 除依照专利法第十条规定转让专利权外，专利权因其他事由发生转移的，当事人应当凭有关证明文件或者法律文书向国务院专利行政部门办理专利权人变更手续。

专利权人与他人订立的专利实施许可合同，应当自合同生效之日起3个月内向国务院专利行政部门备案。

### 法条精解

1. 申请权和专利权都可以转让

(1) 按照本法第6条的规定，职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人任职的单位；非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人。拥有申请专利的权利的单位或个人可以将其专利申请权转让他人。转让后，受让人成为新的专利申请权人，继受取得原专利申请权人的全部权利和义务。

(2) 专利权是依法取得的财产权利。专利权人可以按照自己的意愿依法处分其专利权，既可以收取转让费有偿转让其专利权，也可以以赠与等方式无偿转让其专利权。专利权转让后，专利权的主体变更，受让人成为新的专利权人，对取得专利的发明创造享有独占权，同时应履行专利权人的义务。

2. 专利申请权和专利权须遵守的规定

(1) 单位或者个人向外国人、外国企业或者外国其他组织转让专利申请权或者专利权的，应当依照有关法律、行政法规的规定办理手续。这里讲的“中国单位”，包括依法取得中国法人资格的各类法人和其他组织；这里讲的中国“个人”，是指我国的公民。中国的单位或者个人向外国的企业、其他组织或者个人转让专利申请权或者专利权的，须按规定报国务院有关主管部门，经国务院有关主管部门批准后，方可转让。

(2) 转让专利申请权或者专利权的，让与人与受让人应当订立合同。该合同为要式合同，即必须以书面形式订立。对转让专利申请权或者专利权的合同，除本法或有关行政法规另有规定的以外，应适用《合同法》的有关规定。

(3) 专利申请权或者专利权的让与人与受让人订立转让合同后，应当向国务院专利行政部门办理登记。



专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。

(4) 国务院发布的《国防专利条例》的规定,国防专利申请权和国防专利权只能向国内的中国单位或者中国公民转让,禁止向国外的单位或者个人转让。转让国防专利申请权或者国防专利权的,属于全民所有制单位的,须经该单位上级主管部门批准;属于集体所有制单位或者个人的,须经国防专利局批准。向中外合资经营企业、中外合作经营企业转让国防专利申请权或者国防专利权的,须向国防专利局提出申请,由国防专利局报国防科工委批准。

3. 国务院专利行政部门对已经登记的专利申请权或者专利权的转让,应当予以公告,使公众可以知晓专利申请权或者专利权主体的变更情况。

## 重点法条

第十一条 发明和实用新型专利权被授予后,除本法另有规定的以外,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

外观设计专利权被授予后,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

### 【关联法条】

#### 《专利纠纷适用法律若干规定》

第二十四条 专利法第十一条、第六十三条所称的许诺销售,是指以做广告、在商店橱窗中陈列或者在展销会上展出等方式作出销售商品的意思表示。

## 法条精解

1. 发明和实用新型专利权的内容:①任何人不得未经专利权人许可,为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品。②专利权的内容:任何人不得未经专利权人许可,为生产经营目的使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

2. 外观设计专利权的内容:任何人不得未经专利权人许可,为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

## 真题示例

1. (2005-3-15) 甲公司 2000 年获得一项外观设计专利。乙公司未经甲公司许可,以生产经营为目的制造该专利产品。丙公司未经甲公司许可以生产经营为目的所为的下列行为,哪一项构成侵犯该专利的行为?

- A. 使用乙公司制造的该专利产品
- B. 销售乙公司制造的该专利产品
- C. 许诺销售乙公司制造的该专利产品
- D. 使用甲公司制造的该专利产品

答案: B

解析: 侵犯外观设计专利权的行为。根据《专利法》第 11 条和第 12 条规定,对于甲公司的外观设计专利,任何单位或个人未经甲公司许可,不得为生产经营目的制造、销售、进口其外观设计专利产品,可见 B 项构成了对该专利权的侵犯;ACD 项未构成对该专利权的侵犯。

2. (2007-3-15) 甲公司获得了某医用镊子的实用新型专利,不久后乙公司自行研制出相同的镊子,并通过丙公司销售给丁医院使用。乙、丙、丁都不知道甲已经获得该专利。下列哪一选项是正确的?

- A. 乙的制造行为不构成侵权
- B. 丙的销售行为不构成侵权
- C. 丁的使用行为不构成侵权
- D. 丙和丁能证明其产品的合法来源,不承担赔偿责任

答案: D

解析: 根据《专利法》第 11 条规定, A、B、C 三项均不正确。根据《专利法》第 63 条规定,丙和丁如果能够证明其产品的合法来源,不用承担责任,但是乙是构成侵权的,侵犯了甲的专利权。本题正确答案是 D。



## 重点法条

第十九条 在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利和办理其他专利事务的，应当委托依法设立的专利代理机构办理。

中国单位或者个人在国内申请专利和办理其他专利事务的，可以委托依法设立的专利代理机构办理。

专利代理机构应当遵守法律、行政法规，按照被代理人的委托办理专利申请或者其他专利事务；对被代理人发明创造的内容，除专利申请已经公布或者公告的以外，负有保密责任。专利代理机构的具体管理办法由国务院规定。

## 法条精解

此条规定的是外国人在中国申请专利的强制委托制度，同于商标法中的强制委托。

## 重点法条

第二十条 任何单位或者个人将在中国完成的发明或者实用新型向外国申请专利的，应当事先报经国务院专利行政部门进行保密审查。保密审查的程序、期限等按照国务院的规定执行。

中国单位或者个人可以根据中华人民共和国参加的有关国际条约提出专利国际申请。申请人提出专利国际申请的，应当遵守前款规定。

国务院专利行政部门依照中华人民共和国参加的有关国际条约、本法和国务院有关规定处理专利国际申请。

对违反本条第一款规定向外国申请专利的发明或者实用新型，在中国申请专利的，不授予专利权。

## 法条精解

与2000年的修订相比，本条增加保密审查的规定，删除了先向国务院专利行政部门申请专利的要求。

## 重点法条

第二十二条 授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。

新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术；也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。

创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。

实用性，是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。

本法所称现有技术，是指申请日以前在国内外为公众所知的技术。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第三十条 专利法第二十二条第三款所称已有的技术，是指申请日（有优先权的，指优先权日）前在国内外出版物上公开发表、在国内公开使用或者以其他方式为公众所知的技术，即现有技术。

## 法条精解

授予专利权的实质条件：

1. 新颖性。新颖性是发明、实用新型、外观设计取得专利权均应具备的条件。发明、实用新型的新颖性是指，该发明或者实用新型不属于现有技术；也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。

2. 创造性。创造性是发明、实用新型取得专利权的条件，其含义是指申请专利的技术同现有技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型有实质性特点和进步。

3. 实用性。实用性是指一项发明或者实用新型必须可在实践中实现并能产生积极的效果。

## 重点法条

第二十三条 授予专利权的外观设计，应当不属于现有设计；也没有任何单位或者个人就同样的外观





设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中。

授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有明显区别。

授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。

本法所称现有设计，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。

【关联法条】

《专利纠纷适用法律若干规定》

第十六条 专利法第二十三条所称的在先取得的合法权利包括：商标权、著作权、企业名称权、肖像权、知名商品特有包装或者装潢使用权等。

法条精解

本条是关于外观设计的新颖性的规定。

重点法条

第二十四条 申请专利的发明创造在申请日以前六个月内，有下列情形之一的，不丧失新颖性：

- (一) 在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；
- (二) 在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；
- (三) 他人未经申请人同意而泄露其内容的。

【关联法条】

《专利法实施细则》

第三十一条 专利法第二十四条第（二）项所称学术会议或者技术会议，是指国务院有关主管部门或者全国性学术团体组织召开的学术会议或者技术会议。

申请专利的发明创造有专利法第二十四条第（一）项或者第（二）项所列情形的，申请人应当在提出专利申请时声明，并自申请日起2个月内，提交有关国际展览会或者学术会议、技术会议的组织单位出具的有关发明创造已经展出或者发表，以及展出或者发表日期的证明文件。

申请专利的发明创造有专利法第二十四条第（三）项所列情形的，国务院专利行政部门认为必要时，可以要求申请人在指定期限内提交证明文件。

申请人未依照本条第二款的规定提出声明和提交证明文件的，或者未依照本条第三款的规定在指定期限内提交证明文件的，其申请不适用专利法第二十四条的规定。

法条精解

本条是关于发明创造的公开不丧失新颖性的例外情形的规定。

1. 不丧失新颖性的公开的时间界限，本条规定为在申请日以前6个月内。这一期限又被称作宽限期，即在申请日以前6个月内，发生本法规定的情形，该申请不丧失新颖性。如果超过这个期限再提出专利申请，就不再具有新颖性，不应授予其专利权。

2. 不丧失新颖性的情形：

(1) 在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的。包括两层含义：①必须是中国政府主办或者承认的国际展览会。中国政府主办的国际展览会，包括国务院或者国务院各部门主办或者国务院批准由其他机关或者地方政府举办的国际展览会。中国政府承认的国际展览会，即虽不是由中国政府举办，但经中国政府认可的在国内外举办的展览会。②必须是国际展览会，即展出的展品除了有举办国的产品以外，还应当有来自其他国家的展品。

(2) 在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的。这里讲的“学术会议或者技术会议”是有一定限制的，必须是“规定的”，有一定的规模和规格。按照专利法实施细则的规定，是指国务院有关主管部门或者全国性学术团体组织召开的学术会议或者技术会议。不包括省以下或者受国务院各部委或者全国性学会委托组织召开的学术会议或者技术会议。

(3) 他人未经申请人同意而泄露其内容的。即他人违反申请人本意的公开。他人未经申请人同意泄露其发明创造的内容的方式可以包括：他人未遵守明示的或者默示的保密义务而将申请人的发明创造的内容公开；他人用威胁、欺诈、偷盗、间谍活动等不正当手段从发明人或者经他告诉而得知发明创造内容的任何其他人那里得知发明创造的内容而后公开。



## 真题示例

(2004-3-85) 2000年1月甲公司的高级工程师乙研制出一种节油装置,完成了该公司的技术攻坚课题,并达到国际领先水平。2000年2月甲公司将该装置样品提供给我国政府承认的某国际技术展览会展出。同年3月,乙未经单位同意,在向某国外杂志的投稿论文中透露了该装置的核心技术,该杂志将论文全文刊载,引起甲公司不满。同年6月,丙公司依照该杂志的报道很快研制了样品,并作好了批量生产的必要准备。甲公司于2000年7月向我国专利局递交专利申请书。2000年12月丁公司也根据该杂志开始生产该节油装置。2003年5月7日国务院专利行政部门授予甲公司发明专利,2003年7月甲公司向法院提起诉讼,分别要求丙公司和丁公司停止侵害并赔偿损失。在丙公司已研制出样品,丁公司已开始生产的情况下,甲公司的发明为何仍因具有新颖性而被授予专利权?

- A. 因该发明在申请日前未在国内公开
- B. 因该发明在申请日前未在国际上公开使用
- C. 因该发明的核心技术在论文中被透露未经甲公司同意
- D. 因该发明达到国际领先水平

答案:C。

解析:根据《专利法》第24条规定,C项正确。

## 重点法条

第二十五条 对下列各项,不授予专利权:

- (一) 科学发现;
  - (二) 智力活动的规则和方法;
  - (三) 疾病的诊断和治疗方法;
  - (四) 动物和植物品种;
  - (五) 用原子核变换方法获得的物质;
  - (六) 对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计。
- 对前款第(四)项所列产品的生产方法,可以依照本法规定授予专利权。

## 法条精解

本条是关于专利权授予的消极条件的规定。

## 重点法条

第二十九条 申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起十二个月内,或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起六个月内,又在中国就相同主题提出专利申请的,依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照相互承认优先权的原则,可以享有优先权。

申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起十二个月内,又向国务院专利行政部门就相同主题提出专利申请的,可以享有优先权。

## 法条精解

### 1. 专利优先权的概念

专利优先权是指专利申请人就其发明创造第一次在某国提出专利申请后,在法定期限内,又就相同主题的发明创造提出专利申请的,根据有关法律规定,其在后申请以第一次专利申请的日期作为其申请日,专利申请人依法享有的这种权利,就是优先权。专利优先权的目的在于,排除在其他国家抄袭此专利者,有抢先提出申请,取得注册之可能。

### 2. 专利优先权的种类

专利优先权可分为国内优先权和国际优先权。

#### (1) 国内优先权

国内优先权,又称为“本国优先权”,是指专利申请人就相同主题的发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起12个月内,又向我国国家知识产权局专利局提出专利申请的,可以享有优先权。在我国优先权制度中不包括外观设计专利。



## (2) 国际优先权

国际优先权, 又称“外国优先权”, 其内容是: 专利申请人就同一发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内, 或者就同一外观设计在外国第一次提出专利申请之日起 6 个月内, 又在中国提出专利申请的, 中国应当以其在外国第一次提出专利申请之日为申请日, 该申请日即为优先权日。

### 3. 权利使用

依据《专利法》及《专利法实施细则》的有关规定, 申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内, 或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起 6 个月内, 又在中国就相同主题提出专利申请的, 依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约, 或者依照相互承认优先权的原则, 可以享有优先权; 申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起 12 个月内, 又向国务院专利行政部门就相同主题提出专利申请的, 可以享有优先权。

## 真题示例

(2008-3-23) 美国某公司于 2004 年 12 月 1 日在美国就某口服药品提出专利申请并被受理, 2005 年 5 月 9 日就同一药品向中国专利局提出专利申请, 要求享有优先权并及时提交了相关证明文件。中国专利局于 2008 年 4 月 1 日授予其专利。关于该中国专利, 下列哪一选项是正确的?

- A. 保护期从 2004 年 12 月 1 日起计算
- B. 保护期从 2005 年 5 月 9 日起计算
- C. 保护期从 2008 年 4 月 1 日起计算
- D. 该专利的保护期是 10 年

答案: A

解析: 《专利法》第 29 条规定, 本题保护期从 2004 年 12 月 1 日起计算, 答案 A 正确。第 42 条规定, 发明专利权的期限为 20 年, 实用新型专利权和外观设计专利权的期限为 10 年, 均自申请日起计算, 由此, D 错误, 不当选。

## 重点法条

第三十条 申请人要求优先权的, 应当在申请的时候提出书面声明, 并且在三个月内提交第一次提出的专利申请文件的副本; 未提出书面声明或者逾期未提交专利申请文件副本的, 视为未要求优先权。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第三十三条 申请人在一件专利申请中, 可以要求一项或者多项优先权; 要求多项优先权的, 该申请的优先权期限从最早的优先权日起计算。

申请人要求本国优先权, 在先申请是发明专利申请的, 可以就相同主题提出发明或者实用新型专利申请; 在先申请是实用新型专利申请的, 可以就相同主题提出实用新型或者发明专利申请。但是, 提出后一申请时, 在先申请的主题有下列情形之一的, 不得作为要求本国优先权的基础:

- (一) 已经要求外国优先权或者本国优先权的;
- (二) 已经被授予专利权的;
- (三) 属于按照规定提出的分案申请的。

申请人要求本国优先权的, 其在先申请自后一申请提出之日起即视为撤回。

## 法条精解

1. 申请人要求本国优先权, 在先申请是发明专利申请的, 可以就相同主题提出发明或者实用新型专利申请; 在先申请是实用新型专利申请的, 可以就相同主题提出实用新型或者发明专利申请。但是, 提出后一申请时, 在先申请的主题有下列情形之一的, 不得作为要求本国优先权的基础:

- (1) 已经要求外国优先权或者本国优先权的;
- (2) 已经被授予专利权的;
- (3) 属于按照规定提出的分案申请的。

2. 申请人要求本国优先权的, 其在先申请自后一申请提出之日起即视为撤回。

3. 申请人在一件专利申请中, 可以要求一项或者多项优先权; 要求多项优先权的, 该申请的优先权期限从最早的优先权日起计算。

4. 申请人要求优先权的, 应当在申请的时候提出书面声明, 并且在 3 个月内提交第一次提出的专利中



请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交专利文件副本的，视为未要求优先权。在书面声明中申请人应当写明第一次提出专利申请（以下称在先申请）的申请日、申请号和受理该申请的国家；书面声明中未写明在先申请的申请日和受理该申请的国家的，视为未提出声明；要求外国优先权的，申请人提交的在先申请文件副本应当经原受理机关证明；提交的证明材料中，在先申请人的姓名或者名称与在后申请的申请人姓名或者名称不一致的，应当提交优先权转让证明材料；要求本国优先权的，申请人提交的在先申请文件副本应当由国务院专利行政部门制作。

## 重点法条

第三十二条 申请人可以在被授予专利权之前随时撤回其专利申请。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第三十七条 申请人撤回专利申请的，应当向国务院专利行政部门提出声明，写明发明创造的名称、申请号和申请日。

撤回专利申请的声明在国务院专利行政部门作好公布专利申请文件的印刷准备工作后提出的，申请文件仍予公布；但是，撤回专利申请的声明应当在以后出版的专利公报上予以公告。

## 法条精解

授予专利权之前，申请人随时可以主动要求撤回其专利申请。申请人撤回专利申请的，应当使用专利局统一制作的“撤回专利申请声明”表格。

撤回专利申请不得附有任何条件。要求撤回专利申请的，无论申请人是否委托专利代理机构，都必须出具申请人签章同意撤回申请的证明材料。

专利申请的申请人在两人以上的，要求撤回其专利申请时，应当提交经全体申请人签名或盖章同意撤回专利申请的证明材料。

撤回专利申请声明经审查合格后，作出手续合格通知书，并通知申请人。申请人无正当理由不得要求撤销该声明；除非在申请权非真正拥有人恶意要求撤回专利申请后，申请权真正拥有人（必须提供生效的法律文书来证明）可要求撤销该声明。《专利法实施细则》第37条第2款规定，撤回专利申请的声明是在专利申请进入公报印刷准备工作后提出的，申请文件照常公布或者公告，但审查程序终止。对于已经公布的专利申请，应当在专利公报上公告被撤回的专利申请的申请号。

## 重点法条

第三十三条 申请人可以对其专利申请文件进行修改，但是，对发明和实用新型专利申请文件的修改不得超出原说明书和权利要求书记载的范围，对外观设计专利申请文件的修改不得超出原图片或者照片表示的范围。

## 法条精解

### 1. 专利申请文件的修改规则

根据《专利法》第33条的规定，申请人可以对其专利申请文件进行修改，对发明和实用新型专利申请文件的修改不得超出原说明书和权利要求书记载的范围。专利申请在提交之后不得再增加新的技术内容，这是专利制度的一项基本内容。这是因为：如果专利申请在申请日之后还可以增加新的技术内容，那么，技术内容将不断更新，这种修改将没有止境，而且增加的发明创造的申请日被提前，这使得公众无法知道确定的专利内容。

### 2. 专利申请文件的修改阶段和方式

专利申请提交受理以后和公布之前的阶段是初步审查阶段。在初步审查阶段，审查员并不审查申请文件的技术内容。如果准许申请人修改技术内容而不受到审查，那么修改内容可能超出原说明书和权利要求书记载的范围而予以公布。

在初步审查完成之后，发明专利申请一般在申请日后满18个月予以公布，并且在申请日后的3年之内可以提出实质审查。

## 重点法条

第三十五条 发明专利申请自申请日起三年内，国务院专利行政部门可以根据申请人随时提出的请求，







对其申请进行实质审查；申请人无正当理由逾期不请求实质审查的，该申请即被视为撤回。

国务院专利行政部门认为必要的时候，可以自行对发明专利申请进行实质审查。

第三十六条 发明专利的申请人请求实质审查的时候，应当提交在申请日前与其发明有关的参考资料。

发明专利已经在外国提出过申请的，国务院专利行政部门可以要求申请人在指定期限内提交该国为审查其申请进行检索的资料或者审查结果的资料；无正当理由逾期不提交的，该申请即被视为撤回。

第三十七条 国务院专利行政部门对发明专利申请进行实质审查后，认为不符合本法规定的，应当通知申请人，要求其在指定的期限内陈述意见，或者对其申请进行修改；无正当理由逾期不答复的，该申请即被视为撤回。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第四十九条 发明专利申请人因有正当理由无法提交专利法第三十六条规定的检索资料或者审查结果资料的，应当向国务院专利行政部门声明，并在得到有关资料后补交。

第五十条 国务院专利行政部门依照专利法第三十五条第二款的规定对专利申请自行进行审查时，应当通知申请人。

第五十一条 发明专利申请人在提出实质审查请求时以及在收到国务院专利行政部门发出的发明专利申请进入实质审查阶段通知书之日起的3个月内，可以对发明专利申请主动提出修改。

实用新型或者外观设计专利申请人自申请日起2个月内，可以对实用新型或者外观设计专利申请主动提出修改。

申请人在收到国务院专利行政部门发出的审查意见通知书后对专利申请文件进行修改的，应当按照通知书的要求进行修改。

国务院专利行政部门可以自行修改专利申请文件中文字和符号的明显错误。国务院专利行政部门自行修改的，应当通知申请人。

第五十二条 发明或者实用新型专利申请的说明书或者权利要求书的修改部分，除个别文字修改或者增删外，应当按照规定格式提交替换页。外观设计专利申请的图片或者照片的修改，应当按照规定提交替换页。

### 法条精解

#### 1. 实质审查的概念

实质审查是指国家知识产权局对发明专利申请的申请文件进行仔细研究，对要求保护的发明进行检索，确定该发明是否符合《专利法实施细则》的规定，最终作出是否授予专利权的决定。

#### 2. 实质审查的内容：

(1) 是否符合《专利法》第5条的规定，即申请专利的主题是否有违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的情况；

(2) 是否符合《专利法》第25条的规定，即申请专利的主题是否属于不能授予专利权的范围；

(3) 是否符合《专利法》第33条的规定，即申请专利是否符合单一性的要求；

(4) 是否符合《专利法》第31条的规定，即申请人对申请进行修改或提出分案申请时，是否超出了原说明书（包括附图）和权利要求书记载的范围；

(5) 是否符合《专利法》第2条中规定的发明定义。

(6) 是否符合《专利法实施细则》第18条的规定，即专利申请发明书的撰写是否符合规定的要求并对所要保护的发明作了清楚、完整的说明，使所属技术领域的技术人员能够实现；

(7) 是否符合《专利法实施细则》第20条的规定，即权利要求书是否清楚和简要地表述了请求保护的发明范围，权利要求是否以说明书为依据，独立权利要求是否包含了为解决发明所要解决的技术问题的全部必要技术特征。

(8) 是否符合在申请要求优先权的情况下，如果发现在优先权日与申请日之间其他人就同一主题提出了另外的专利申请，或者经过检索发现存在在此期间公开的相关对比文件时，则审查优先权要求是否成立；同时根据检索出的对比文件判断该发明专利申请的专利性。

发明专利申请自申请日起3年内，国家知识产权局可以根据申请人随时提出的请求，对其申请进行实质审查；申请人无正当理由逾期不请求实质审查的，该申请即被视为撤回。国家知识产权局认为必要的时

候，可以自行对发明专利申请进行实质审查。

## 重点法条

第三十八条 发明专利申请经申请人陈述意见或者进行修改后，国务院专利行政部门仍然认为不符合本法规定的，应当予以驳回。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第五十三条 依照专利法第三十八条的规定，发明专利申请经实质审查应当予以驳回的情形是指：

- (一) 申请不符合本细则第二条第一款规定的；
- (二) 申请属于专利法第五条、第二十五条的规定，或者不符合专利法第二十二条、本细则第十三条第一款、第二十条第一款、第二十一条第二款的规定，或者依照专利法第九条规定不能取得专利权的；
- (三) 申请不符合专利法第二十六条第三款、第四款或者第三十一条第一款的规定的；
- (四) 申请的修改不符合专利法第三十三条规定，或者分案的申请不符合本细则第四十三条第一款规定的。

## 法条精解

### 1. 专利申请驳回的概念

专利申请的驳回是指经过申请人答复后，国家知识产权局认为发明专利申请仍然存在专利法规定的实质性缺陷而作出的拒绝授予专利权的决定。

### 2. 实质性缺陷

发明专利申请的驳回既可以是国家知识产权局初步审查且申请人陈述意见或者修改后予以驳回，也可以是在经过实质审查且申请人陈述意见或者修改后才予以驳回。

经过实质审查，审查员认为申请存在实质性缺陷不能授予专利权的，将给申请人至少一次陈述意见和/或进行修改申请文件的机会。如果申请人在指定的期限内未提出有说服力的意见和/或证据，也未对申请文件进行符合专利法及其实施细则规定的修改，或者修改后的申请文件中仍然存在足以用已通知过申请人的理由和证据予以驳回的缺陷，则审查员可以作出驳回决定。这些实质性缺陷包括：

- (1) 发明专利申请的主题违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益，或者申请的主题属于《专利法》第25条规定的不授予发明专利权的客体；
- (2) 申请的发明不具备新颖性、创造性和实用性；
- (3) 发明专利申请没有充分公开请求保护的主体，或者权利要求未以说明书为依据；
- (4) 申请不符合专利法关于发明专利申请单一性的规定；
- (5) 申请的发明根据“先申请原则”不能取得专利权，或者申请不符合“一发明一专利”原则；
- (6) 发明专利申请的主题不符合《专利法》第2条关于发明的定义；
- (7) 权利要求书没有清楚、简要地表述请求保护的主体，或者独立权利要求缺少解决技术问题的必要技术特征；
- (8) 申请的修改或者分案的申请超出原说明书和权利要求书记载的范围。

### 3. 驳回决定的格式

驳回决定包括专用表格和驳回决定正文两部分。专用表格主要记载申请人的姓名或者名称、申请号、发明创造的名称等。

驳回决定正文包括案由、驳回的理由以及决定三个部分。案由部分应当简要陈述申请案的审查过程，特别是与驳回决定有关的情况，即历次的审查意见（包括所采用的证据）和申请人的答复概要、申请所存在的导致被驳回的缺陷以及驳回决定所针对的申请文本。在驳回理由部分，审查员应当详细论述驳回决定所依据的事实、理由和法律根据。在决定部分写明驳回的理由，并根据《专利法》第38条的规定引出驳回该申请的结论。

驳回决定一经发出，除要求更正因国家知识产权局工作失误而造成的专利文件中出现的错误和要求改正错别字的信函外，申请人的任何呈文、答复和修改均不再予以考虑。

## 重点法条

第三十九条 发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予发明专



利权的决定，发给发明专利证书，同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。

第四十条 实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，同时予以登记和公告。实用新型专利权和外观设计专利权自公告之日起生效。

### 法条精解

发明专利权的授予是指国务院专利行政部门对发明专利申请进行实质审查、对实用新型和外观设计专利申请进行形式审查之后，认为符合法律规定的，决定授予专利权的行为或程序。

### 重点法条

第四十二条 发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。

第四十三条 专利权人应当自被授予专利权的当年开始缴纳年费。

第四十四条 有下列情形之一的，专利权在期限届满前终止：

- (一) 没有按照规定缴纳年费的；
- (二) 专利权人以书面声明放弃其专利权的。

专利权在期限届满前终止的，由国务院专利行政部门登记和公告。

#### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第六十四条 依照专利法第四十五条的规定，请求宣告专利权无效或者部分无效的，应当向专利复审委员会提交专利权无效宣告请求书和必要的证据一式两份。无效宣告请求书应当结合提交的所有证据，具体说明无效宣告请求的理由，并指明每项理由所依据的证据。

前款所称无效宣告请求的理由，是指被授予专利的发明创造不符合专利法第二十二条、第二十三条、第二十六条第三款、第四款、第三十三条或者本细则第二条、第十三条第一款、第二十条第一款、第二十一条第二款的规定，或者属于专利法第五条、第二十五条的规定，或者依照专利法第九条规定不能取得专利权。

第六十五条 专利权无效宣告请求书不符合本细则第六十四条规定的，专利复审委员会不予受理。

在专利复审委员会就无效宣告请求作出决定之后，又以同样的理由和证据请求无效宣告的，专利复审委员会不予受理。

以授予专利权的外观设计与他人在先取得的合法权利相冲突为理由请求宣告外观设计专利权无效，但是未提交生效的能够证明权利冲突的处理决定或者判决的，专利复审委员会不予受理。

专利权无效宣告请求书不符合规定格式的，无效宣告请求人应当在专利复审委员会指定的期限内补正；期满未补正的，该无效宣告请求视为未提出。

第六十六条 在专利复审委员会受理无效宣告请求后，请求人可以在提出无效宣告请求之日起1个月内增加理由或者补充证据。逾期增加理由或者补充证据的，专利复审委员会可以不予考虑。

### 法条精解

1. 专利权的期限。发明专利为20年，实用新型和外观设计专利权为10年，均自申请日开始计算。期限届满，专利权自动终止，而对于商标权来说，期限届满可申请延展。

2. 年费的缴纳。自专利权授予的当年开始缴纳年费。

3. 专利权提前终止的情形。

- (1) 没有按照规定缴纳年费的；
- (2) 专利权人以书面声明放弃其专利权的。

### 重点法条

第四十六条 专利复审委员会对宣告专利权无效的请求应当及时审查和作出决定，并通知请求人和专利权人。宣告专利权无效的决定，由国务院专利行政部门登记和公告。

对专利复审委员会宣告专利权无效或者维持专利权的决定不服的，可以自收到通知之日起三个月内向人民法院起诉。人民法院应当通知无效宣告请求程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。



本条是关于对异议的审查的规定。专利复审委员会和商标复审委员会的决定都具有可诉性。

### 重点法条

第四十七条 宣告无效的专利权视为自始即不存在。

宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。

依照前款规定不返还专利侵权赔偿金、专利使用费、专利权转让费，明显违反公平原则的，应当全部或者部分返还。

### 法条精解

1. 专利权被宣告无效的，专利权视为自始不存在。“任何人”可在“任何时候”请求宣告专利无效（从理论上讲，专利权保护期限届满后，亦可申请宣告专利无效）。

2. 专利权被宣告无效的，原则上不具有溯及力。

（1）对无效宣告前作出并已经执行的侵权判决书与调解书、专利侵权行政处理决定、已经支付的专利实施许可费和专利权转让费，原则不予返还。

（2）但是，不返还专利侵权赔偿金、专利使用费、专利权转让费，明显违反公平原则的，应当全部或者部分返还。

（3）专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。

### 重点法条

第四十八条 有下列情形之一的，国务院专利行政部门根据具备实施条件的单位或者个人的申请，可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可：

（一）专利权人自专利权被授予之日起满三年，且自提出专利申请之日起满四年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利的；

（二）专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为，为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响。

第四十九条 在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。

第五十条 一项取得专利权的发明或者实用新型比前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的，国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。

在依照前款规定给予实施强制许可的情形下，国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请，也可以给予实施后一发明或者实用新型的强制许可。

#### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第七十二条 自专利权被授予之日起满3年后，任何单位均可以依照专利法第四十八条的规定，请求国务院专利行政部门给予强制许可。

请求强制许可的，应当向国务院专利行政部门提交强制许可请求书，说明理由并附具有关证明文件各一式两份。

国务院专利行政部门应当将强制许可请求书的副本送交专利权人，专利权人应当在国务院专利行政部门指定的期限内陈述意见；期满未答复的，不影响国务院专利行政部门作出关于强制许可的决定。

国务院专利行政部门作出的给予实施强制许可的决定，应当限定强制许可实施主要是为供应国内市场的需要；强制许可涉及的发明创造是半导体技术的，强制许可实施仅限于公共的非商业性使用，或者经司法程序或者行政程序确定为反竞争行为、而给予救济的使用。





## 法条精解

强制许可制度仅适用于“发明专利与实用新型专利”，对“外观设计专利”不适用强制许可制度。强制许可可由国务院专利行政部门（国家知识产权局）作出，主要包括3种类型：

1. 防止专利权滥用的强制许可。下列两种情形可以申请国家专利行政管理部门作出强制许可：①专利权人自专利权被授予之日起满3年，且自提出专利申请之日起满4年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利，他人以合理的条件请求专利权人许可其实施专利，而未能合理的时间内获得许可。②专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为，为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响。

2. 为了公共利益的强制许可包括两种情形：①在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。②为了公共健康目的，对取得专利权的“药品”，国务院专利行政部门可以给予“制造”并将其“出口”到符合中国参加的有关国际条约规定的国家或地区的强制许可。

## 真题示例

（2003-3-40）甲拥有一节能热水器的发明专利权，乙对此加以改进后获得重大技术进步，并取得新的专利权，但是专利之实施有赖于甲的专利之实施，双方又未能达成实施许可协议。在此情形下，下述哪些说法是正确的？

- A. 甲可以申请实施乙之专利的强制许可
- B. 乙可以申请实施甲之专利的强制许可
- C. 乙在取得实施强制许可后，无须给付甲使用费
- D. 任何一方在取得实施强制许可后即享有独占的实施权

答案：AB。

解析：根据专利法的规定，强制许可适用于3种情形：改进专利之间、长期未使用专利、国家紧急情况下。本题中涉及的就是改进专利之间的强制许可，故选A项。同时根据《专利法》第50条规定，改进专利的前一申请人在后一申请人要求了强制许可的情况下，也可以要求强制许可，故A、B项正确。另依《专利法》第53条、第54条规定，取得强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，也无权允许他人实施，并且应当给付专利权人合理的使用费。

## 重点法条

第五十四条 依照本法第四十八条第（一）项、第五十一条规定申请强制许可的单位或者个人应当提供证据，证明其以合理的条件请求专利权人许可其实施专利，但未能合理的时间内获得许可。

第五十五条 国务院专利行政部门作出的给予实施强制许可的决定，应当及时通知专利权人，并予以登记和公告。

给予实施强制许可的决定，应当根据强制许可的理由规定实施的范围和时间。强制许可的理由消除并不再发生时，国务院专利行政部门应当根据专利权人的请求，经审查后作出终止实施强制许可的决定。

## 法条精解

### 1. 强制许可的申请

申请实施强制许可的单位或者个人，应当向国务院专利行政部门提交强制许可请求书，说明理由并附具有关未能以合理条件与专利权人签订实施许可合同的证明文件各一式两份。

### 2. 强制许可的通知和申请

（1）国务院专利行政部门在作出给予专利实施强制许可的决定后，应当将该决定及时通知专利权人。因为这一决定直接影响专利权人的专有权，涉及专利权人的重大利益，应当让专利权人及时知道这一情况。专利权人也可据此作出必要的安排，包括依照本法第54条的规定，与实施强制许可的单位或个人协商，要求其支付合理的使用费。此外，国务院专利行政部门在作出专利实施强制许可的决定后，还应予以登记和公告，以便让公众了解这一情况。

（2）国务院专利行政部门在作出专利实施强制许可决定时，应当根据强制许可的理由，规定实施的范围和时间。按照专利法实施细则的规定，专利实施强制许可的范围，应当限定在主要为供应国内市场需要。申请人取得专利实施强制许可后，只能在强制许可决定规定的范围和时间内实施专利，而不得超越强



制许可决定中规定的范围和时间。

(3) 专利实施的强制许可是有条件的。这些条件一旦不存在, 就应当终止强制许可, 以保护专利权人的利益, 维护其应有的专有权利。为此, 本条第2款中规定, 强制许可的理由消除并不再发生时, 国务院专利行政部门应当根据专利权人的请求, 经审查后作出终止实施强制许可的决定。按照这一规定, 终止专利实施的强制许可, 应由专利权人提出。专利权人一旦提出终止强制许可的申请, 国务院专利行政部门即应进行审查。经审查确认给予专利实施强制许可的理由已消除并不再发生时, 即应作出终止实施强制许可的决定。

## 重点法条

第五十六条 取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权, 并且无权允许他人实施。

第五十七条 取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费, 或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的, 其数额由双方协商; 双方不能达成协议的, 由国务院专利行政部门裁决。

### 【关联法条】

#### 《专利法实施细则》

第七十三条 依照专利法第五十四条的规定, 请求国务院专利行政部门裁决使用费数额的, 当事人应当提出裁决请求书, 并附具双方不能达成协议的证明文件。国务院专利行政部门应当自收到请求书之日起3个月内作出裁决, 并通知当事人。

## 法条精解

### 1. 取得强制许可权的权利限制

取得专利实施强制许可的单位或者个人, 享有实施专利的权利。但为合理保护专利权人的利益, 对依强制许可取得专利实施权的单位或者个人的权利应当加以限制。依照本条规定, 对依强制许可取得专利实施权的单位或者个人权利限制, 包括以下两方面:

(1) 不享有独占实施权。也就是说, 取得强制许可实施权的单位或者个人, 无权限制专利权人自己或者再许可其他的单位、个人实施该项专利。其他的单位或者个人无论是通过国家专利行政机关得到强制许可的实施权, 还是通过专利权人许可得到的实施权, 都受法律保护, 取得强制许可的单位或者个人无权加以限制。专利权人在被强制许可某单位或者个人实施自己所有的专利后, 仍然有权自己实施该项专利或者自愿许可第三者实施该项专利。强制许可本来就是对专利权人的独占权的一种限制, 如果允许取得强制许可实施权的单位或者个人对许可其实施的专利有独占的实施权, 与强制许可的目的相悖, 对专利权人来说, 也是极不公平的, 将会从根本上破坏专利制度本身。

(2) 无权允许他人实施。取得专利实施强制许可的单位或者个人, 虽然经国务院专利行政部门的决定取得了实施专利的权利, 但是其权利仅是在规定的范围和时间内实施专利。取得专利实施强制许可的单位或者个人并不是专利权人, 他没有权利允许他人实施该项专利。否则, 也将损害专利权人的利益, 对专利权人来说是不公平的。

### 2. 合理使用费的支付

(1) 专利实施强制许可, 目的是为了防止专利权人对其专利技术的不适当垄断, 并没有使专利权人失去其专利所有权, 这不是专利权的“征用”。因此, 在专利实施强制许可的情况下, 专利权人仍然享有请求实施其专利的人包括取得强制许可而实施其专利的单位或者个人支付专利使用费的权利。而取得专利实施强制许可的单位或者个人, 因实施他人的专利而获得利益, 也应当向专利权人支付实施其专利的使用费。

(2) 取得专利实施强制许可的单位或个人向专利权人支付的专利使用费数额, 应由取得实施强制许可的单位或者个人与专利权人按照公平合理的原则协商确定。双方经过协商, 对使用费数额达成了一致的, 即应按双方协商的数额作为强制许可使用费, 由取得实施强制许可的单位或者个人支付给专利权人。如果双方没有就使用费的数额达成一致意见的, 应当向国务院专利行政部门提出申请, 请求国务院专利行政部门对使用费数额作出裁决, 并以裁决的数额作为强制许可。

## 重点法条

第五十五条 专利权人对国务院专利行政部门关于实施强制许可的决定不服的, 专利权人和取得实施强制许可的单位或者个人对国务院专利行政部门关于实施强制许可的使用费的裁决不服的, 可以自收到通



知之之日起三个月内向人民法院起诉。

## 法条精解

专利权人和取得实施强制许可的单位或者个人对专利行政部门的裁定不服的，可以提起行政诉讼。

## 重点法条

第五十九条 发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。

外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。

### 【关联法条】

#### 《专利纠纷适用法律若干规定》

第十七条 专利法第五十六条第一款所称的“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求”，是指专利权的保护范围应当以权利要求书中明确记载的必要技术特征所确定的范围为准，也包括与该必要技术特征相等同的特征所确定的范围。

等同特征是指与所记载的技术特征以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且本领域的普通技术人员无需经过创造性劳动就能够联想到的特征。

## 法条精解

本条是关于专利权保护范围的规定。

1. 专利权的保护范围是指发明、实用新型和外观设计专利权的法律效力所及的范围。专利权是一种无形财产权，由法律明确规定专利权的保护范围，划清专利侵权与非侵权的界限，既有利于依法充分保护专利权人的合法权益，又可以避免不适当地扩大专利保护的范围，损害专利权人以外的社会公众的利益。

2. 发明或者实用新型专利权的保护范围，“以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求”。这一规定包括两层含义：

(1) 一项发明创造专利权的保护范围，须以其权利要求为准，即以由专利申请人提出的并经国务院专利行政主管部门批准的权利要求书中所记载的权利要求为准，不小于也不得超出权利要求书中所记载的权利要求的范围。

(2) 说明书及附图对权利要求具有解释的功能，可以作为解释权利要求的依据。但是，相对权利要求而言，说明书及附图只具有从属的地位，不能单以其作为发明或者实用新型专利权保护的基本依据，基本依据只能是权利要求书。

3. 外观设计专利权的保护范围，“以表示在图片或者照片中的该外观设计专利产品为准”。这一规定表明，外观设计专利权的保护范围，以体现该产品外观设计的图片或者照片为基本依据。需要说明的是，外观设计专利权所保护的“表示在图片或者照片中的该外观设计专利产品”的范围，应当是同类产品的范围；不是同类产品，即使外观设计相同，也不能认为是侵犯了专利权。另外，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。

## 重点法条

第六十五条 侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

### 【关联法条】

#### 《专利纠纷适用法律若干规定》

第二十一条 被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定，有专利许可使用费可以参照的，人民法院可以根据专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节、专利许可使用费的数额、该专利许可的性质、范围、时间等因素，参照该专利许可使用费的1至3倍合理确定赔偿数额；没有专利许可使用费可以参照或者专利许可使用费明显不合理的，人民法院可以根据专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节等因素，一般



在人民币 5000 元以上 30 万元以下确定赔偿数额,最多不得超过人民币 50 万元。

## 法条精解

本条是关于侵犯专利权的赔偿数额计算方法的规定。

人民法院在审理专利侵权纠纷案件时,或者管理专利工作的部门应当事人的请求对侵犯专利权的赔偿数额进行调解时,应当如何确定侵权损害赔偿的数额,本条规定了 3 种计算方法:

1. 按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定。如何具体计算专利权人因他人侵权所受的损失,最高人民法院在《关于审理专利纠纷案件若干问题的解答》中规定:对权利人因被侵权所受到的损失的计算方法为:因侵权人的侵权产品(包括使用他人专利方法生产的产品)在市场上销售,使专利权人的专利产品的销售量下降,其销售量减少的总数乘以每件专利产品的利润所得之积,即为专利权人的实际经济损失。

2. 按照侵权人侵犯专利权所获得的利益确定。最高人民法院在上述司法解释中规定,侵权人因侵犯专利权所获得的利益的计算方法是:侵权人从每件侵权产品(包括使用他人专利方法生产的产品)获得的利润,乘以在市场上销售的总数所得之积,为侵权人所得的全部利润,即侵权人因侵权所获得的利益。

3. 被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该专利许可使用费的倍数合理确定。按照本条的规定,在确定侵犯专利权的赔偿数额时,首先应当按照上述的两种方法计算。只有当权利人所受到的损失及侵权人获得的利益难以确定时,才应适用按照专利许可使用费的倍数合理确定赔偿额。这里讲的“专利许可使用费”,应是指普通专利使用许可的使用费。至于“倍数”的具体数额,本法未作具体规定。需要由人民法院或者管理专利工作的部门根据案件的具体情况,按照能够使专利权人因侵权行为受到的实际损失得到充分的赔偿,使侵权人不能因侵权行为得到任何好处的原则,合理确定。

4. 根据本条,如果不能通过上述三种方法确定赔偿数额,那么,人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素,确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

## 重点法条

第六十六条 专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。

申请人提出申请时,应当提供担保;不提供担保的,驳回申请。

人民法院应当自接受申请之时起四十八小时内作出裁定;有特殊情况需要延长的,可以延长四十八小时。裁定责令停止有关行为的,应当立即执行。当事人对裁定不服的,可以申请复议一次;复议期间不停止裁定的执行。

申请人自人民法院采取责令停止有关行为的措施之日起十五日内不起诉的,人民法院应当解除该措施。

申请有错误的,申请人应当赔偿被申请人因停止有关行为所遭受的损失。

## 法条精解

诉前禁令是指商标注册人、专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其注册商标专用权、专利权的行为,如不及时制止,将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。

诉前禁令应当向有管辖权的人民法院提出。申请时应当提供担保。申请人提供保证、抵押等形式的担保合理、有效的,人民法院应当准许。人民法院接受权利人或者利害关系人提出责令停止侵犯专利权行为的申请后,经审查符合本规定第 4 条的,应当在 48 小时内作出书面裁定;裁定责令被申请人停止侵权行为的,应当立即开始执行。

## 真题示例

(2004-3-88) 2000 年 1 月甲公司的高级工程师乙研制出一种节油装置,完成了该公司的技术攻坚课题,并达到国际领先水平。2000 年 2 月甲公司将该装置样品提供给我国政府承认的某国际技术展览会展出。同年 3 月,乙未经单位同意,在向某国外杂志的投稿论文中透露了该装置的核心技术,该杂志将论文全文刊载,引起甲公司不满。同年 6 月,丙公司依照该杂志的报道很快研制了样品,并作好了批量生产的必要准备。甲公司于 2000 年 7 月向我国专利局递交专利申请书。2000 年 12 月丁公司也根据该杂志开始生产该节油装置。2003 年 5 月 7 日国务院专利行政部门授予甲公司发明专利,2003 年 7 月甲公司向法院提起诉讼,





分别要求丙公司和丁公司停止侵害并赔偿损失。甲公司可以在起诉前向法院申请采取什么措施保护自己的合法权益？

- A. 申请诉前禁令
- B. 申请诉前先予执行
- C. 申请诉前财产保全
- D. 申请诉前证据保全

答案：ACD。

解析：根据《专利法》第 61 条规定，A、C 正确。根据《民事诉讼法》第 97 条规定，B 项措施不适用。根据该法第 74 条规定，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，甲公司可以在起诉向法院申请保全证据。故 D 项正确。

重点法条

第六十八条 侵犯专利权的诉讼时效为二年，自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知侵权行为之日起计算。

发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的，专利权人要求支付使用费的诉讼时效为二年，自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算，但是，专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的，自专利权授予之日起计算。

【关联法条】

《专利纠纷适用法律若干规定》

第二十三条 侵犯专利权的诉讼时效为二年，自专利权人或者利害关系人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过二年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在继续，在该项专利权有效期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。

法条精解

本条是关于侵犯专利权的诉讼时效和要求支付临时保护期使用费的诉讼时效的规定。

1. 诉讼时效是指请求人民法院保护自己合法权益的法定的有效期限。在法定的有效期限内，人民法院对当事人的请求权予以保护；超过法定的有效期限的，人民法院对当事人的请求权不予保护。根据本条的规定，侵犯专利权的诉讼时效和专利权人要求支付临时保护期内使用费的诉讼时效均为 2 年；2 年的起算日期均为当事人知道或者应当知道其权益受到损害之时，但是关于临时保护期内使用费的诉讼时效，如果专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的，自专利权授予之日起计算。

2. 除了本条规定的时效期间外，其他应执行《民法通则》的规定，比如《民法通则》关于诉讼时效的中止、中断与延长的规定应予适用。

根据《民法通则》第 138 条的规定，超过诉讼时效期间，侵害人自愿履行的，不受本法规定的时间限制。也就是说，过了诉讼时效期间，义务人履行义务后，又以超过诉讼时效为由反悔的，法律不予支持。

重点法条

第六十九条 有下列情形之一的，不视为侵犯专利权：

- (一) 专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的；
- (二) 在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的；
- (三) 临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的；
- (四) 专为科学研究和实验而使用有关专利的；
- (五) 为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的。

法条精解

本条是关于专利侵权的例外规定。

在一般情况下，未经专利权人的许可实施专利的行为都构成专利侵权行为，但是为了鼓励发明创造、平衡第三方的合法利益，法律规定了以下几种例外规定，专利侵权诉讼中的被告可以以此作为抗辩理由：



1. 专利权用尽原则。我国《专利法》69条第1款第1项规定：专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的不构成侵犯专利权。但是专利权用尽是指国内用尽还是国际用尽在理论上存在分歧，我国学者多数赞同国际用尽原则，也就是说专利产品的平行进口应当是允许的。

2. 在先使用原则。即在专利申请日之前，已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的，不视为侵权行为。此类例外规定只适用于制造相同产品或者使用相同方法，不包括进口、许诺销售、销售使用专利产品或者依专利方法直接获得的产品。另外此类实施行为没有导致技术方案的公开，否则被告可以直接以丧失新颖性来提起专利权无效宣告程序。还有一个非常重要的限制条件是在先使用行为必须是善意的，如果使抄袭、窃取或者剽窃的，则不会产生任何在先权利。

3. 临时过境的外国运输工具上的使用。此类行为的对象必须是临时进入中国境内的外国运输工具，而且必须是为运输工具自身需要而在运输工具的装置和设备中使用有关专利。依据是运输工具所属过同我国签订有协议或者共同参加的国际条约或者互惠原则。

4. 科学研究和试验而使用有关专利。这里的使用应当采取广义的理解，不仅包括使用专利产品或者专利方法，而且包括为科学研究和试验而制造专利产品的行为。

5. 这是与2000年《专利法》修改相比，所增加的部分。根据本项，为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的，不视为侵犯专利权的情形。

### 真题示例

1. (2007-3-63) 甲厂将生产饮料的配方作为商业秘密予以保护。乙通过化验方法破解了该饮料的配方，并将该配方申请获得了专利。甲厂认为乙侵犯了其商业秘密，诉至法院。下列哪些选项是正确的？

- A. 乙侵犯了甲厂的商业秘密
- B. 饮料配方不因甲厂的使用行为丧失新颖性
- C. 乙可以就该饮料的配方申请专利，但应当给甲厂相应的补偿
- D. 甲厂有权在原有规模内继续生产该饮料

答案：BD。

解析：根据《反不正当竞争法》第10条规定，乙是通过化验方法破解了该饮料的配方，并非以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取甲的商业秘密，不属于侵害他人商业秘密的行为，所以A的说法是错误的。根据《专利法》第22条第2款规定，甲将饮料配方作为商业秘密予以保护，该配方尚未在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，仍然具有新颖性。因此B的说法是正确的。根据《专利法》第63条第1款规定，D的说法是正确的，甲厂并不构成专利侵权，有权在原有范围内继续生产该饮料，所以本题正确答案是BD。

2. (2004-3-85) 2000年1月甲公司的高级工程师乙研制出一种节油装置，完成了该公司的技术攻坚课题，并达到国际领先水平。2000年2月甲公司将该装置样品提供给我国政府承认的某国际技术展览会展出。同年3月，乙未经单位同意，在向某国外杂志的投稿论文中透露了该装置的核心技术，该杂志将论文全文刊载，引起甲公司不满。同年6月，丙公司依照该杂志的报道很快研制了样品，并作好了批量生产的必要准备。甲公司于2000年7月向我国专利局递交专利申请书。2000年12月丁公司也根据该杂志开始生产该节油装置。2003年5月7日国务院专利行政部门授予甲公司发明专利，2003年7月甲公司向法院提起诉讼，分别要求丙公司和丁公司停止侵害并赔偿损失。甲公司能否要求丙公司停止侵害并赔偿损失？

- A. 甲公司有权要求丙公司停止侵害并赔偿损失
- B. 甲公司有权要求丙公司停止侵害，但无权要求赔偿损失
- C. 甲公司无权要求，因丙公司有权在2004年5月7日前制造该专利产品
- D. 甲公司无权要求，因丙公司有权在原有范围内继续制造该专利产品

答案：D。

解析：根据《专利法》第63条规定，D项正确。



# 《著作权法》

## 重点法条

第二条 中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。

外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。

外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。

未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受本法保护。

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第六条 著作权自作品创作完成之日起产生。

第七条 著作权法第二条第三款规定的首先在中国境内出版的外国人、无国籍人的作品，其著作权自首次出版之日起受保护。

第八条 外国人、无国籍人的作品在中国境外首先出版后，三十日内在中国境内出版的，视为该作品同时在中国境内出版。

## 法条精解

本条是关于著作权法适用范围的规定。

本条采取了国际通行的做法，即实行国籍原则、互惠原则和地域原则来确定著作权法的适用范围。

### 1. 国籍原则

凡是具有中国国籍的公民和在中华人民共和国境内依法成立的法人或者其他组织，只要创作了作品，不论其作品是否发表，从作品完成之日起，就可以依照著作权法享有著作权，也就是说，按照本法规定的标准保护该作品的著作权。

应当指出，我国著作权法对具有本国国籍的作者的保护是基于作品的完成，不论其是否发表。

### 2. 互惠原则

这是根据国与国之间所签订的协议或者共同参加的国际条约来确定给予著作权保护的一个原则。本条第2款规定：“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。”这体现了互惠原则。适用本款规定有三个条件：第一，外国人的所属国或者经常居住地国、无国籍人的经常居住地国同中国签订了有关著作权的协议或者共同参加了有关著作权的国际条约。第二，该协议或者国际公约承认该外国人或者无国籍人的作品享有著作权。第三，该协议或者国际条约要求协议国或者参加国相互保护其承认的著作权。满足上述三个条件的外国人或者无国籍人的作品，才受本法保护。

### 3. 地域原则

这是根据著作权主体所创作的作品首先出版地来确定给予著作权保护的一个原则。地域原则在本条中体现为两个方面：

(1) 本条第3款规定：外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。首先在中国境内出版的，是指外国人、无国籍人的作品的第一次出版是在中国境内，如果外国人的作品已在中国境外出版过，只是在中国境内再次出版，这不能作为在中国境内首先出版的作品。

(2) 本条第4款规定：未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受本法保护。适用本款有以下两个条件：①作者是无国籍人、外国人。该外国人的所属国未同我国签订有关著作权的双边协议，也未同我国共同加入有关著作权的某个国际公约。②该作者的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版，或首次在成员国与非成员国同时出版。这里应当注意“同时出版”并不是要求在同一分或同一秒发生。

## 重点法条

第三条 本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等



作品：

- (一) 文字作品；
- (二) 口述作品；
- (三) 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；
- (四) 美术、建筑作品；
- (五) 摄影作品；
- (六) 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；
- (七) 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；
- (八) 计算机软件；
- (九) 法律、行政法规规定的其他作品。

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第二条 著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。

第三条 著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。

为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助工作，均不视为创作。

第四条 著作权法和本条例中下列作品的含义：

- (一) 文字作品，是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品；
- (二) 口述作品，是指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品；
- (三) 音乐作品，是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品；
- (四) 戏剧作品，是指话剧、歌剧、地方戏等供舞台演出的作品；
- (五) 曲艺作品，是指相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品；
- (六) 舞蹈作品，是指通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品；
- (七) 杂技艺术作品，是指杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品；
- (八) 美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品；
- (九) 建筑作品，是指以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品；
- (十) 摄影作品，是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品；
- (十一) 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，是指摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品；
- (十二) 图形作品，是指为施工、生产绘制的工程设计图、产品设计图，以及反映地理现象、说明事物原理或者结构的地图、示意图等作品；
- (十三) 模型作品，是指为展示、试验或者观测等用途，根据物体的形状和结构，按照一定比例制成的立体作品。

### 法条精解

本条是关于著作权客体的规定，即规定本法所称的作品应具备的条件和作品的具体表现形式。

#### 1. 作为本法所称的作品应具备的条件

- (1) 必须属于创作，而不是抄袭。即必须具有独创性、初创性或原创性。
- (2) 必须属于文学、艺术和科学范围的创作。
- (3) 必须有一定的表现形式。即作者须以文字、言语、符号、声音、动作、色彩等一定的表现形式将其无形的思想表达出来，使他人通过感官能感觉其存在，如无一定的表现形式，思想仅存在于脑海之中，他人无法感知，不能称为作品。
- (4) 能够固定于某种有体物上，并能复制使用。

#### 2. 作品的具体表现形式

- (1) 文字作品。
- (2) 口述作品。
- (3) 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品。





- (4) 美术、建筑作品。
- (5) 摄影作品。
- (6) 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品。
- (7) 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品。
- (8) 计算机软件。
- (9) 法律、行政法规规定的其他作品。

## 重点法条

第九条 著作权人包括：

- (一) 作者；
- (二) 其他依照本法享有著作权的公民、法人或者其他组织。

## 法条精解

本条规定了著作权的主体。

1. 著作权人的种类。著作权人，即著作权权利义务的承受者，又称著作权主体。著作权人包括创作作品的作者和未参加作品创作而承受著作权的公民、法人和其他组织。

2. 著作权人的不同含义。著作权包括人身权和财产权两部分。著作权中的人身权属于作者，作者是该人身权的主体。著作权中的财产权未转让时，作者又是该财产权的主体。在这种情况下，作者就是完全的著作权人。

著作权中的财产权可以分离于作者，作者将该财产权转让后，权利的承受人即是著作权中财产权利的主体，通常也称其为著作权人。作者将著作权中的部分财产权利转让他人的，他人即是享有部分财产权的著作权人。作者将著作权中的全部财产权利转让他人的，他人即是享有全部财产权的著作权人。

著作权人是公民的，其死亡后，著作权中的财产权利转移给权利承受人。著作权人是法人的，法人变更后，著作权中的财产权利可以转移给权利承受人；法人终止后，著作权中的财产权利转移给权利承受人。在这几种情况下，著作权中的财产权利的承受人也称为著作权人。

## 重点法条

第十条 著作权包括下列人身权和财产权：

- (一) 发表权，即决定作品是否公之于众的权利；
- (二) 署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；
- (三) 修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；
- (四) 保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利；
- (五) 复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利；
- (六) 发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利；
- (七) 出租权，即有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外；
- (八) 展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利；
- (九) 表演权，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利；
- (十) 放映权，即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利；
- (十一) 广播权，即以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利；
- (十二) 信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利；
- (十三) 摄制权，即以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利；
- (十四) 改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利；
- (十五) 翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利；



(十六) 汇编权,即将作品或者作品的片段通过选择或者编排,汇集成新作品的权利;

(十七) 应当由著作权人享有的其他权利。

著作权人可以许可他人行使前款第(五)项至第(十七)项规定的权利,并依照约定或者本法有关规定获得报酬。

著作权人可以全部或者部分转让本条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利,并依照约定或者本法有关规定获得报酬。

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第十四条 合作作者之一死亡后,其对合作作品享有的著作权法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利无人继承又无人受遗赠的,由其他合作作者享有。

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第九条 著作权法第十条第(一)项规定的“公之于众”,是指著作权人自行或者经著作权人许可将作品向不特定的人公开,但不以公众知晓为构成条件。

第十一条 因作品署名顺序发生的纠纷,人民法院按照下列原则处理:有约定的按约定确定署名顺序;没有约定的,可以按照创作作品付出的劳动、作品排列、作者姓氏笔划等确定署名顺序。

### 法条精解

著作权内容是指著作权人对作品拥有什么权利。著作权内容分为两类,一类是精神权利,即本法所称的人身权,与作者的身份密切相关,专属作者本人,一般情况下不能转让;另一类是经济权利,即本法所称的财产权,是作者利用其作品获益的权利,可以授权许可他人使用,也可以转让。

#### 1. 人身权

著作人身权是指作者享有的与其作品有关的以人格利益为内容的权利。主要有以下几种:

(1) 发表权。即决定作品是否公之于众的权利。发表权的具体内容包括:决定作品何时、何地,以何种方式公之于众。

(2) 署名权。即表明作者身份,在作品上署名的权利。

(3) 修改权。即修改或者授权他人修改作品的权利。

(4) 保护作品完整权。即保护作品不受歪曲、篡改的权利。

#### 2. 财产权

著作财产权是作者对其作品进行全面支配的权利,包括对作品加以利用和处分其作品的权利。《著作权法》第10条第5项至16项对财产权进行了列举性规定,指明著作人对其作品具体的使用权包括:复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权等。

### 真题示例

(2009-3-18) 甲创作并出版的经典童话《大灰狼》超过著作财产权保护期后,乙将“大灰狼”文字及图形申请注册在“书籍”等商品类别上并获准注册。丙出版社随后未经甲和乙同意出版了甲的《大灰狼》童话,并使用了“大灰狼”文字及图形,但署名为另一著名歌星丁,丁对此并不知情。关于丙出版社的行为,下列哪一说法是错误的?

A. 侵犯了甲的复制权

B. 侵犯了甲的署名权

C. 侵犯了丁的姓名权

D. 侵犯了乙的商标权

答案:A。

解析: 本题考核著作权侵权及商标侵权的相关规定。根据《著作权法》第10条第5项规定,甲创作的《大灰狼》已经超过了著作权的保护期限,不再对此享有著作财产权中的复制权。因此,丙的出版行为并没有侵犯甲的复制权,A项说法错误。根据《著作权法》第20条规定,丙的行为侵犯了甲的署名权,B项说法正确。根据《民法通则》第99条第1款规定,丙将甲创作的《大灰狼》童话署上丁的姓名的行为侵犯了丁的姓名权。因此,C项正确。本题中,乙已将“大灰狼”文字及图形申请注册在“书籍”等商品类别上并获准注册。丙擅自在“书籍”商品上使用“大灰狼”文字及图形的行为侵犯了乙的商标权。因此,D项说法正确。



第十一条 著作权属于作者，本法另有规定的除外。

创作作品的公民是作者。

由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其他组织视为作者。

如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第十三条 作者身份不明的作品，由作品原件的所有人行使除署名权以外的著作权。作者身份确定后，由作者或者其继承人行使著作权。

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第十四条 当事人合意以特定人物经历为题材完成的自传体作品，当事人对著作权权属有约定的，依其约定；没有约定的，著作权归该特定人物享有，执笔人或整理人对作品完成付出劳动的，著作权人可以向其支付适当的报酬。

### 法条精解

著作权的主体即著作权人，是作品的所有人，著作权利益的承担者。著作权人有两类，一是作者，二是作者以外的人。作者的著作权基于完成创作这一法律事实，作者以外的人则可基于其他法律事实而获得著作权。

作者首先是创作作品的自然人。只有自然人才是实际作者。法人或其他组织的作者身份是法律拟制的，以便于其以原始所有者身份行使著作权。《著作权法》第11条第3款规定，“由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其他组织视为作者。”据此，法人或其他组织是法定作者。认定作者的身份通常情况下以署名为准。在作品上署名的公民、法人或者非法人单位被推定为作者，无须其他证明。在发生著作权争议时，相对人能提出相反证明的，署名人就有可能不是真实作者。

### 真题示例

1. (2009-3-14) 小刘从小就显示出很高的文学天赋，九岁时写了小说《隐形翅膀》，并将该小说的网络传播权转让给某网站。小刘的父母反对该转让行为。下列哪一说法是正确的？

- A. 小刘父母享有该小说的著作权，因为小刘是无民事行为能力人
- B. 小刘及其父母均不享有著作权，因为该小说未发表
- C. 小刘对该小说享有著作权，但网络传播权转让合同无效
- D. 小刘对该小说享有著作权，网络传播权转让合同有效

答案：C。

解析：本题考核著作权的归属与合同的效力问题。根据《著作权法》第11条规定，小刘是小说《隐形翅膀》的创作者，因此，小刘是该作品的著作权人，不因其行为能力受到影响。因此，A项错误。《著作权法》第2条第1款规定，中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。因此，B项错误。《民法通则》第58条第1项规定，无民事行为能力人实施的民事行为无效。本题中，小刘是9岁的无民事行为能力人，他签订的网络传播权转让合同无效。因此，C项正确，D项错误。

2. (2007-3-60) 甲提供资金，乙组织丙和丁以乡村教师戊为原型创作小说《小河弯弯》。在创作中丙写提纲，丁写初稿，丙修改，戊提供了生活素材，乙提供了一些咨询意见。下列哪些选项是错误的？

- A. 甲提供资金是完成创作的保障，应为作者
- B. 乙作为组织者并提供咨询意见，应为作者
- C. 戊提供了生活素材，应为作者
- D. 丁有权不经甲、乙、丙的同意发表该小说

答案：ABC。

解析：《著作权法》第11条的规定，创作作品的公民是作者。这里重点强调的是“创作”两个字。本



题中，丙写提纲，丁写初稿，丙修改，二人均参加创作，所以他们是作者，且属于合作作品的作者；甲仅提供资金，未参与创作，不是作者；乙作为组织者，也未参与创作，不是作者；戊仅提供生活素材，也未参与创作，同样不是作者。因此 ABC 本身的说法都是错误的，符合题意，应该选。根据《著作权法实施条例》第 9 条规定，《小河弯弯》的作者是丙、丁二人，丁有权自行将小说发表，只不过取得的收益应与丙分配，所以 D 本身的说法是正确的，不符合题意，不能选。本题正确答案是 ABC。

### 重点法条

第十二条 改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权。

### 法条精解

1. 演绎作品的概念。基于已有作品进行再创作而产生的新的作品统称为演绎作品。演绎是一种创作方式，具体形式有改编、翻译、整理、注释，但不限于此。演绎作品主要有改编、译文、注释和评论、整理等。

2. 演绎作品的著作权及行使。演绎创作所派生出来的新作品，其著作权由演绎者享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。首先，对作品进行演绎创作应得到作者的同意，其次，演绎创作时应当保持原作品的完整性，要在演绎作品上标明原作品及作者，再次，演绎者的享有著作权仅限于演绎作品，而不延及原作品，因而演绎者不得妨碍原作者或其他人对原作品的利用。对第三人而言，使用演绎作品须获得演绎者和原作者双重许可。

### 重点法条

第十三条 两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。没有参加创作的人，不能成为合作作者。

合作作品可以分割使用的，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。

#### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第九条 合作作品不可以分割使用的，其著作权由各合作作者共同享有，通过协商一致行使；不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。

### 法条精解

#### 1. 合作作品的概念

两人以上合作创作的作品为合作作品。这里的“人”可以是自然人，也可以是法人、组织。所谓合作是指直接产生智力成果的创作活动，而不是其他性质的劳动，如提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助活动。

合作作品按照其内部关系又分为可以分割使用的和不可以分割使用的。前者是一种比较宽泛的合作作品，其中各位作者创作的部分可以辨认和分离出来。如声乐作品的词和曲。后者是狭义的、严格意义上的合作作品，各位作者的贡献不可分地融合在一起，如绘画、雕塑。

#### 2. 合作作品的著作权及其行使

合作作品的著作权由合作者共同享有。合作者行使著作权应以协商一致为基础，在意见不一致的情况下，任何一方无正当理由不得阻止他方行使著作权。

可以分割使用的合作作品的著作权具有双重性，合作者对合作作品整体享有著作权，各位作者对各自创作的部分享有独立的著作权并可以单独行使其著作权。但是单独行使著作权不得影响对合作作品整体的利用。

### 真题示例

(2004-3-20) 甲、乙共同创作完成一部小说，甲主张发表，乙不同意。后乙死亡，有一继承人，后甲将该小说发表，下列说法哪一个是错误的？

- A. 乙生前不同意发表该小说，甲无权发表
- B. 发表该小说的稿费全部由甲获得





C. 该小说的使用权保护期应截止于甲死亡后第 50 年的 12 月 31 日

D. 甲不能剥夺乙的署名权

答案：A。

解析：根据《著作权法实施条例》第 9 条规定，继承人不属合作作者。A 项错误。乙已死亡，继承人不属合作作者，B 项正确。根据《著作权法》第 21 条第 1 款规定，C 项正确。根据《著作权法实施条例》第 15 条第 1 款规定，作者死亡后，其著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或者受遗赠人保护。D 项正确。

## 重点法条

第十四条 汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。

## 法条精解

1. 汇编作品的概念。汇编作品指对作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料选择、编排体现独创性的新生作品。常见的汇编作品如辞书、选集、期刊、杂志、数据库等。

2. 汇编作品的著作权及其行使。汇编作品作为一个整体由汇编者享有著作权。汇编人汇编有著作权的作品时应当经过原作品著作权人的授权，并支付报酬。在行使汇编作品著作权时，不得侵犯原作品的著作权。汇编作品中具体作品的著作权仍归其作者享有，作者有权单独行使著作权。

## 重点法条

第十五条 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品著作权由制片者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制片者签订的合同获得报酬。

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第十条 著作权人许可他人将其作品摄制成电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，视为已同意对其作品进行必要的改动，但是这种改动不得歪曲篡改原作品。

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第十条 著作权法第十五条第二款所指的作品，著作权人是自然人的，其保护期适用著作权法第二十一条第一款的规定；著作权人是法人或其他组织的，其保护期适用著作权法第二十一条第二款的规定。

## 法条精解

本条是关于电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品著作权归属的规定。根据创作产生著作权的原则，首先应当承认电影作品或以类似摄制电影的方法创作的作品是由编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者创作完成的。考虑到制片人的巨额投资和电影作品的商业运作，将电影作品的著作权赋予制片人，在理论上讲是将著作权法定转让给了制片人。但是，编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者仍享有署名权。著作权对电影作者的获得报酬权作了明确规定。编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者可以就报酬问题与制片人协商，可以一次性给付，也可以从电影的发行、放映中按照比例提取。

电影作品与其他一些法人享有著作权的作品一样，存在整体著作权与作者个别的著作权的问题。特别涉及编剧、作词、作曲等作者，他们的剧本、歌词、音乐作品，虽然可能是专为拍摄该电影所作，也可以作其他使用，只要不与电影作品著作权的行使相冲突即可。因此，本条第 2 款也规定，电影作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。

## 重点法条

第十六条 公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品，除本条第二款的规定以外，著作权由作者享有，但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。

有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者其他组织享有，法人或



者其他组织可以给予作者奖励：

(一) 主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品；

(二) 法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品。

第十七条 受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第十一条 著作权法第十六条第一款关于职务作品的规定中的“工作任务”，是指公民在该法人或者该组织中应当履行的职责。

著作权法第十六条第二款关于职务作品的规定中的“物质技术条件”，是指该法人或者该组织为公民完成创作专门提供的资金、设备或者资料。

第十二条 职务作品完成两年内，经单位同意，作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬，由作者与单位按约定的比例分配。

作品完成两年的期限，自作者向单位交付作品之日起计算。

### 法条精解

#### 1. 职务作品的概念

职务作品是指机关、社会团体、企业、事业单位的工作人员或者借调人员和临时招聘人员，为完成该单位的工作任务所创作的作品。

#### 2. 职务作品的要件

(1) 创作作品须是法人或者其他组织依其单位的性质所提出的工作任务。职务作品的性质须符合该单位工作任务的性质。

(2) 职务作品的作者通常是本单位职工，为完成单位工作任务而借调或者招聘的工作人员也可以成为职务作品的作者。

(3) 基本上是以作者自己的意志创作，而不是依照单位的意志创作。如果在单位的主持下、按照单位的意志进行创作就是法人或者其他组织的作品，不属于职务作品。

#### 3. 职务作品的著作权归属

一般职务作品的著作权由作者享有。根据“著作权属于作者”的基本原则，本条第1款规定，职务作品的著作权除第2款的规定以外，归作者享有，但作者所在的法人或者其他组织在其业务范围内有权优先使用职务作品。作品完成2年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。之所以规定法人或者其他组织的优先使用权，是由于职务作品不是作者自发的随意创作，而是为了完成本单位的工作任务，在使用职务作品时，应当首先考虑作者所在单位的需要。在作品完成的2年内，如果单位在其业务范围内不使用，作者可以要求单位同意由第三人以与单位使用的相同方式使用，单位没有正当理由不得拒绝。在作品完成的2年内，经单位同意，作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获得的报酬，由作者与单位按约定的比例分配。作品完成2年后，单位可以在其业务范围内继续使用。作品完成2年的期限，自作者向单位交付作品之日起计算。

特殊的职务作品，除署名权以外，著作权的其他权利由单位享有。所谓特殊职务作品是指《著作权法》第16条第2款所列作品，即工程设计、产品设计图纸、计算机软件、地图等科学技术作品。

### 真题示例

(2006-3-64) 甲公司的游戏软件工程师刘某利用业余时间开发的“三国演义”游戏软件被乙公司非法复制，丙书店从无证书贩手中低价购进该盗版软件，丁公司从丙书店以正常价格购买该软件在其经营的游戏机上安装使用。下列哪些说法是正确的？

- A. 甲公司应当对刘某进行奖励
- B. 丙书店应当承担赔偿损失等法律责任
- C. 丁公司不承担赔偿责任
- D. 乙公司、丙书店应当承担共同侵权的民事责任





答案：BCD。

解析：刘某利用业余时间开发的“三国演义”游戏软件属于个人作品，刘某对该作品享有完全的著作权，甲公司没有对刘某进行奖励的义务，因此 A 项是错误的。根据《著作权法》第 52 条规定，B 项说法是正确的。丁公司对软件的使用符合法律规定，不应承担赔偿责任，所以 C 项也是正确的。《民法通则》第 130 条规定，2 人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。所以乙公司和丙公司构成共同侵权，应承担连带赔偿责任，所以 D 项是正确的。

### 重点法条

第十七条 受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。

#### 【关联法条】

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第十二条 按照著作权法第十七条规定委托作品著作权属于受托人的情形，委托人在约定的使用范围内享有使用作品的权利；双方没有约定使用作品范围的，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品。

### 法条精解

委托作品是作者基于他人委托而创作的作品。委托作品通常发生在工业实用艺术品设计、人物摄影、肖像制作、翻译、课题研究等领域。委托作品的特点是受他人支配，必须体现委托人的意志和实现委托人使用作品的目的，不能完全自由地进行表达。

委托创作作品著作权归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人即作者。

### 真题示例

(2007-3-58) 甲公司委托乙公司设计并制作产品包装盒，未签订书面合同。丙在市场上发现该产品包装盒上未经其许可使用了其画《翠竹》作为背景图案。如果该产品包装盒的整体设计也构成美术图案，下列哪些选项是正确的？

- A. 产品包装盒的版权属于甲公司
- B. 乙公司侵害了丙的复制权
- C. 甲公司对乙公司的侵权行为不知情，但仍构成侵权
- D. 甲公司不能对产品包装盒获得外观设计专利

答案：BCD。

解析：根据《著作权法》第 17 条规定，甲乙公司没有约定著作权的归属，所以产品包装盒的版权属于受托人乙，A 项说法错误。根据《著作权法》第 10 条的规定，复制权是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。乙公司制作的包装盒上未经丙许可使用了其画《翠竹》作为背景图案，乙的该行为侵害了丙的复制权，所以 B 是正确的。甲公司将侵害他人著作权的产品包装盒投入市场，尽管甲并不知情，但仍然属于未经许可使用他人的作品，依然构成侵权（侵权是事实行为），所以 C 是正确的。根据《专利法》第 23 条规定，由于该产品包装盒上使用了他人的作品，甲公司不能对产品包装盒获得外观设计专利，因此 D 项正确。本题正确答案是 BCD。

### 重点法条

第十八条 美术等作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移，但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。

### 法条精解

本条规定原件所有权转移的作品的著作权归属。

绘画、书法、雕塑等美术作品原件的转移并不意味着作品的著作权的转移，作品原件所有人只取得原件物的所有权和作品原件的展览权。除美术作品之外，对任何原件所有权可能转移的作品，都要注意区分作品物质载体的财产权和作品的著作权这两种不同的权利。

## 重点法条

第十九条 著作权属于公民的，公民死亡后，其本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利在本法规定的保护期内，依照继承法的规定转移。

著作权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织变更、终止后，其本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利在本法规定的保护期内，由承受其权利义务的法人或者其他组织享有；没有承受其权利义务的法人或者其他组织的，由国家享有。

## 法条精解

本条是关于公民死亡，法人或者其他组织变更、终止后，其著作权归属的规定。

### 1. 公民死亡后著作权的归属

著作权属于公民的，公民死亡后，其著作财产权依照继承法的规定转移。著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或受遗赠人保护。

### 2. 法人终止后著作权的归属

著作财产权由承受其权利义务的法人或者其他组织享有；没有承受其权利义务的法人或者其他组织的，由国家享有。

### 3. 本条所说著作权的移转是指著作财产权即作品使用权和获得报酬权的转移。

## 重点法条

第二十条 作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。

第二十一条 公民的作品，其发表权、本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利的保护期为作者终生及其死亡后五十年，截止于作者死亡后第五十年的12月31日；如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第五十年的12月31日。

法人或者其他组织的作品、著作权（署名权除外）由法人或者其他组织享有的职务作品，其发表权、本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利的保护期为五十年，截止于作品首次发表后第五十年的12月31日，但作品自创作完成后五十年内未发表的，本法不再保护。

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品，其发表权、本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利的保护期为五十年，截止于作品首次发表后第五十年的12月31日，但作品自创作完成后五十年内未发表的，本法不再保护。

## 【关联法条】

### 《著作权法实施条例》

第十五条 作者死亡后，其著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或者受遗赠人保护。

著作权无人继承又无人受遗赠的，其署名权、修改权和保护作品完整权由著作权行政管理部门保护。

第十六条 国家享有著作权的作品的使用，由国务院著作权行政管理部门管理。

第十七条 作者生前未发表的作品，如果作者未明确表示不发表，作者死亡后50年内，其发表权可由继承人或者受遗赠人行使；没有继承人又无人受遗赠的，由作品原件的所有人行使。

第十八条 作者身份不明的作品，其著作权法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利的保护期截止于作品首次发表后第50年的12月31日。作者身份确定后，适用著作权法第二十一条的规定。

## 法条精解

作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。公民的作品，其发表权和财产权的保护期为作者终生及其死亡后50年，截止于作者死亡后第50年的12月31日。如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日。

法人或者其他组织的作品、著作权（署名权除外）由法人或者其他组织享有的职务作品，其发表权和财产权的保护期为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，不再保护。

## 重点法条

第二十二条 在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓





名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：

- (一) 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- (二) 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；
- (三) 为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- (四) 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- (五) 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- (六) 为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；
- (七) 国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；
- (八) 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；
- (九) 免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；
- (十) 对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；
- (十一) 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；
- (十二) 将已经发表的作品改成盲文出版。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

### 【关联法条】

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第十八条 著作权法第二十二条第（十）项规定的室外公共场所的艺术作品，是指设置或者陈列在室外社会公众活动处所的雕塑、绘画、书法等艺术作品。

对前款规定艺术作品的临摹、绘画、摄影、录像人，可以对其成果以合理的方式和范围再行使用，不构成侵权。

### 法条精解

本条是关于合理使用著作权的规定。合理使用是指在法律明文规定的范围内使用作品可以不经著作权人许可，也不必向其支付报酬。合理使用的作品应当是已经发表的且使用目的一般限于非商业性。

### 真题示例

1. (2007-3-14) 甲设计并雕刻了一尊造型别致的雄狮，置于当街店门口招揽顾客。下列哪一选项是正确的？

- A. 甲将雄狮置于公共场所，视为放弃著作权
- B. 乙以该雄狮为背景拍照纪念不构成侵权
- C. 丙可以该雄狮为范本制作和销售纪念品
- D. 丁可以该雄狮为立体造型申请注册商标

答案：B。

解析：甲设计并雕刻了一尊造型别致的雄狮属于创作艺术作品的行为，甲依法取得该作品的著作权。甲将雄狮置于公共场所，并不意味着放弃著作权，相反这正是权利人在行使自己的著作权（展览权），因此 A 项错误。根据《著作权法》第 22 条规定，B 项正确。根据《著作权法》第 47 条规定，丙以该雄狮为范本制作和销售纪念品属于复制、发行甲的作品的行为，构成了对甲的著作权的侵害，因此 C 项错误。根据《商标法》第 31 条规定，“在先权利”包括著作权、姓名权、商号权等权利。因此 D 项错误。

2. (2002-3-62) 陈某为撰写学术论文须引用资料，为避免引发纠纷，陈某就有关问题向赵律师咨询。赵律师的下列意见中哪些是可以采纳的？

- A. 既可引用发表的作品，也可引用未发表的作品
- B. 只能限于介绍、评论或为了说明某问题而引用作品
- C. 只要不构成自己作品的主要部分，可将资料全文引用
- D. 应当向原作者支付合理的报酬



答案：BC。

**解析：**根据《著作权法》第22条规定，为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照著作权法享有的其他权利。本题中，选项A、D的意见违反了《著作权法》第22条规定，应予排除。

### 重点法条

**第二十三条** 为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，除作者事先声明不许使用的，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品，但应当按照规定支付报酬，指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

#### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

**第三十二条** 依照著作权法第二十三条、第三十二条第二款、第三十九条第三款的规定，使用他人作品的，应当自使用该作品之日起2个月内向著作权人支付报酬。

### 法条精解

本条是关于法定许可的规定。法定许可，是指依照法律的规定，可不经作者或其他著作权人的同意而使用其已经发表的作品。法定许可是对著作权的一种限制。根据法定许可使用他人作品时，应当向作者或其他著作权人支付报酬，并应注明作者姓名、作品名称和出处。

### 重点法条

**第二十四条** 使用他人作品应当同著作权人订立许可使用合同，本法规定可以不经许可的除外。

许可使用合同包括下列主要内容：

- (一) 许可使用的权利种类；
- (二) 许可使用的权利是专有使用权或者非专有使用权；
- (三) 许可使用的地域范围、期间；
- (四) 付酬标准和办法；
- (五) 违约责任；
- (六) 双方认为需要约定的其他内容。

#### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

**第二十三条** 使用他人作品应当同著作权人订立许可使用合同，许可使用的权利是专有使用权的，应当采取书面形式，但是报社、期刊社刊登作品除外。

**第二十四条** 著作权法第二十四条规定的专有使用权的内容由合同约定，合同没有约定或者约定不明的，视为被许可人有权排除包括著作权人在内的任何人以同样的方式使用作品；除合同另有约定外，被许可人许可第三人行使同一权利，必须取得著作权人的许可。

**第二十五条** 与著作权人订立专有许可使用合同、转让合同的，可以向著作权行政管理部门备案。

### 法条精解

本条是关于使用他人作品应当遵循的原则和许可使用合同应当包括的主要内容的规定。

#### 1. 使用他人作品应当遵循的原则

使用他人作品应当遵循的原则是，除本法有例外规定，应当同著作权人订立许可使用合同。这里所讲的订立许可使用合同，是指取得著作权人的许可。

#### 2. 著作权许可使用合同的主要内容

- (1) 许可使用的权利种类；
- (2) 许可使用的权利是专有使用权或者非专有使用权；
- (3) 许可使用的地域范围、期间；
- (4) 付酬标准和办法；



- (5) 违约责任；
- (6) 双方认为需要约定的其他内容。

### 真题示例

(2002-3-43) 甲公司的一注册商标系乙画家创作的绘画作品。甲申请该商标注册时未经乙的许可。现乙认为其著作权受到侵害,与甲进行交涉。乙对于此事可采取的正确作法有哪些?

- A. 向甲公司所在地基层法院提起著作权侵权之诉
- B. 请求商标评审委员会裁定撤销甲的注册商标
- C. 如对法院判决不服可以上诉但对商标评审委员会的裁定只能服从
- D. 采取许可方式使甲继续使用该注册商标,但甲应赔偿损失和支付报酬

答案: ABD。

解析: 甲使用乙的绘画作品而未得到许可,已构成侵权著作权行为,根据《民事诉讼法》第29条规定,乙可向侵权人甲的住所地或侵权行为地提起诉讼。A项正确。根据《商标法》第31条规定,甲申请注册的商标侵犯了乙在先的著作权,B项正确。根据《商标法》第43条第2款规定,C项错误。根据《著作权法》第46条规定,使用他人作品,应当支付报酬而未支付的,应当根据情况,承担停止侵害,消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。D项正确。

### 重点法条

第二十五条 转让本法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利,应当订立书面合同。

权利转让合同包括下列主要内容:

- (一) 作品的名称;
- (二) 转让的权利种类、地域范围;
- (三) 转让价金;
- (四) 交付转让价金的日期和方式;
- (五) 违约责任;
- (六) 双方认为需要约定的其他内容。

#### 【关联法条】

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第二十二条 著作权转让合同未采取书面形式的,人民法院依据合同法第三十六条、第三十七条的规定审查合同是否成立。

### 法条精解

本条是关于转让著作权的某些权利应当遵循的原则和权利转让合同应当包括的主要内容的规定。

1. 《著作权法》第10条第3款规定,著作权人可以全部或者部分转让的著作权只能是本法第10条第1款第5~17项规定的权利,即复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权等。著作权人转让这些权利,应当遵循的基本原则是除本法有例外规定,应当订立书面合同。

2. 权利转让合同包括的主要内容。本条第2款规定,权利转让合同应当包括下列主要内容:①作品的名称;②转让的权利种类、地域范围;③转让价金;④交付转让价金的日期和方式;⑤违约责任;⑥双方认为需要约定的其他内容。

### 重点法条

第二十八条 出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台等依照本法有关规定使用他人作品的,不得侵犯作者的署名权、修改权、保护作品完整权和获得报酬的权利。

#### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第二十六条 著作权法和本条例所称与著作权有关的权益,是指出版者对其出版的图书和期刊的版式设计享有的权利,表演者对其表演享有的权利,录音录像制作者对其制作的录音录像制品享有的权利,广



播电台、电视台对其播放的广播、电视节目享有的权利。

第二十七条 出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台行使权利，不得损害被使用作品和原作品著作权人的权利。

### 法条精解

本条是关于使用他人作品的人，取得著作权使用权之后应当履行的义务的规定。

出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台在出版、表演、录制、播放的过程中，应当尊重著作权人的这些权利，不得侵犯作者的署名权、修改权、保护作品完整权和获得报酬的权利。

本条规定的“依照本法有关规定使用他人作品”，主要指的是通过签订著作权许可使用合同或者著作权转让合同取得的使用权，也可包括“合理使用”或者“法定许可”取得的使用权。

### 重点法条

第三十条 图书出版者对著作权人交付出版的作品，按照合同约定享有的专有出版权受法律保护，他人不得出版该作品。

#### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第二十八条 图书出版合同中约定图书出版者享有专有出版权但没有明确其具体内容的，视为图书出版者享有在合同有效期限内和在合同约定的地域范围内以同种文字的原版、修订版出版图书的专有权利。

### 法条精解

本条是有关专有出版权的规定。

专有出版权是出版者在合同约定的期间内享有排除包括著作权人在内的一切人再次出版该作品的权利。专有出版权具有排他性，这一权利的本质是禁止权，其权利内容包括以下几点：

1. 著作权人在出版合同约定的专有出版权期限内，在合同约定的地区内，不能再行使出版权，即《著作权法》第10条第5、6项规定的复制和发行的权利。只在合同期满或者出版社严重违反合同义务时，出版权才重新回归著作权人。
2. 出版社在享有专有出版权期间，只能自己出版，不得许可他人出版。
3. 其他人不得以印刷方式复制发行该作品，侵犯享有专有出版权的出版社的利益。

### 重点法条

第三十一条 著作权人应当按照合同约定期限交付作品。图书出版者应当按照合同约定的出版质量、期限出版图书。

图书出版者不按照合同约定期限出版，应当依照本法第五十三条的规定承担民事责任。

图书出版者重印、再版作品的，应当通知著作权人，并支付报酬。图书脱销后，图书出版者拒绝重印、再版的，著作权人有权终止合同。

#### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第二十九条 著作权人寄给图书出版者的两份订单在6个月内未能得到履行，视为著作权法第三十一条所称图书脱销。

### 法条精解

本条是有关图书出版者与著作权人在交付作品、出版期限以及图书的重印、再版等问题上权利义务的规定。

#### 1. 出版合同中图书出版者及著作权人的权利义务

图书出版合同一经订立，即具有法律效力，著作权人及图书出版者均应按照约定条件履行义务。

#### 2. 图书重印、再版及图书脱销时出版者及著作权人的权利义务

图书需要重印、再版时，图书出版者应当通知著作权人，并支付报酬。

### 重点法条

第三十二条 著作权人向报社、期刊社投稿的，自稿件发出之日起十五日内未收到报社通知决定刊登





的,或者自稿件发出之日起三十日内未收到期刊社通知决定刊登的,可以将同一作品向其他报社、期刊社投稿。双方另有约定的除外。

作品刊登后,除著作权人声明不得转载、摘编之外,其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登,但应当按照规定向著作权人支付报酬。

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第三十条 著作权人依照著作权法第三十二条第二款声明不得转载、摘编其作品的,应当在报纸、期刊刊登该作品时附带声明。

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第十七条 著作权法第三十二条第二款规定的转载,是指报纸、期刊登载其他报刊已发表作品的行为。转载未注明被转载作品的作者和最初登载的报刊出处的,应当承担消除影响、赔礼道歉等民事责任。

### 法条精解

本条规定了报社、期刊社与著作权人就作品发表时的权利义务关系及报纸期刊转载的法定许可问题。

法律为了平衡著作权人及报社、期刊社的利益,规定著作权人向报社投稿的,报社应当及时通知著作权人是否采用,著作权人自投稿之日起15日内未收到报社决定采用的通知的,可以将同一作品投给其他报社。著作权人向期刊社投稿的,期刊社应当及时通知著作权人是否采用,著作权人自投稿之日起30日内未收到期刊社决定采用的通知的,可以将同一作品投给其他期刊社。

本条第2款规定了报刊转载或摘编的法定许可问题。即作品刊登后,除著作权人声明不得转载、摘编之外,其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登,但应当按照规定向著作权人支付报酬。

### 真题示例

1. (2009-3-15) 甲创作的一篇杂文,发表后引起较大轰动。该杂文被多家报刊、网站无偿转载。乙将该杂文译成法文,丙将之译成维文,均在国内出版,未征得甲的同意,也未支付报酬。下列哪一观点是正确的?

- A. 报刊和网站转载该杂文的行为不构成侵权
- B. 乙和丙的行为均不构成侵权
- C. 乙的行为不构成侵权,丙的行为构成侵权
- D. 乙的行为构成侵权,丙的行为不构成侵权

答案: D。

解析: 本题考核著作权的侵权与合理使用。根据《著作权法》第32条第2款规定,报刊、网站对甲的作品进行转载需要向其支付报酬,否则构成侵权。因此,A项错误。乙将杂文译成法文在国内出版的行为不属于《著作权法》第22条规定的合理使用的范围。因此,乙的行为构成侵权。根据《著作权法》第22条第11项可知,本题中丙将甲已经发表的杂文译成维文在国内出版的行为不构成侵权。因此,BC项错误,D项正确。

2. (2003-3-46) 某刊物不愿让别的刊物随意转载其刊物上发表的文章,下列做法哪些是可行的?

- A. 在刊物上发表不得转载的声明
- B. 在每一篇文章都刊载作者不许转载的声明
- C. 在刊物的声明中载明所有作者均已授予本刊专有使用权
- D. 不须作任何声明

答案: BC。

解析: 根据《著作权》第32条第2款规定,如果要使刊物上的文章不被其他报刊转载,就必须由著作权人声明不得转载、摘编,所以D项是错的。此外,只有著作权人做出这种声明才发生这种效力,而其他入包括出版者都无这种权利,所以A项错误,B项正确。由于在刊物的声明中载明了所有作者均已授予本刊专有使用权,则实际上刊物已经因作者授权而取得了这项权利,因此其他刊物也就不得随意转载,故选项C当选。

### 重点法条

第三十三条 图书出版者经作者许可,可以对作品修改、删节。



报社、期刊社可以对作品作文字性修改、删节。对内容的修改，应当经作者许可。

第三十四条 出版改编、翻译、注释、整理、汇编已有作品而产生的作品，应当取得改编、翻译、注释、整理、汇编作品的著作权人和原作品的著作权人许可，并支付报酬。

### 法条精解

1. 图书出版者对作品的修改、删节，必须取得作者许可。报刊、期刊社对作品所作的文字性修改，不用经过作者许可，但是对内容的修改必须经过作者许可。

2. 出版改编、翻译、注释、整理、汇编已有作品而产生的作品，都应当取得改编、翻译、注释、整理、汇编作品的著作权人和原作品的著作权人许可，而且必须支付报酬。

### 重点法条

第三十五条 出版者有权许可或者禁止他人使用其出版的图书、期刊的版式设计。

前款规定的权利的保护期为十年，截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第十年的12月31日。

### 法条精解

本条是关于出版者对其出版的图书、期刊的版式设计专有使用权的规定。

### 重点法条

第三十六条 使用他人作品演出，表演者（演员、演出单位）应当取得著作权人许可，并支付报酬。演出组织者组织演出，由该组织者取得著作权人许可，并支付报酬。

使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品进行演出，应当取得改编、翻译、注释、整理作品的著作权人和原作品的著作权人许可，并支付报酬。

第三十七条 表演者对其表演享有下列权利：

- （一）表明表演者身份；
- （二）保护表演形象不受歪曲；
- （三）许可他人从现场直播和公开传送其现场表演，并获得报酬；
- （四）许可他人录音录像，并获得报酬；
- （五）许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品，并获得报酬；
- （六）许可他人通过信息网络向公众传播其表演，并获得报酬。被许可人以前款第（三）项至第（六）项规定的方式使用作品，还应当取得著作权人许可，并支付报酬。

第三十八条 本法第三十七条第一款第（一）项、第（二）项规定的权利的保护期不受限制。

本法第三十七条第一款第（三）项至第（六）项规定的权利的保护期为五十年，截止于该表演发生后第五十年的12月31日。

#### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第三十三条 外国人、无国籍人在中国境内的表演，受著作权法保护。

外国人、无国籍人根据中国参加的国际条约对其表演享有的权利，受著作权法保护。

### 法条精解

1. 第36条中第1款规定了使用他人作品的情形，第2款规定了使用演绎作品的情形，二者有所不同，注意使用演绎作品还需取得演绎作品和原作品的著作权人的许可。

2. 注意区分本条与第22条“合理使用”中第9项“免费表演”的区别。

### 真题示例

（2009-3-63）叶某创作《星光灿烂》词曲并发表于音乐杂志，郝某在个人举办的赈灾义演中演唱该歌曲，南极熊唱片公司录制并发行郝某的演唱会唱片，星星电台购买该唱片并播放了该歌曲。下列哪些说法是正确的？

A. 郝某演唱《星光灿烂》应征得叶某同意并支付报酬



B. 南极熊唱片公司录制该歌曲应当征得郝某同意并支付报酬

C. 星星电台播放该歌曲应征得郝某同意

D. 星星电台播放该歌曲应征得南极熊唱片公司同意

答案：AB。

**解析：**本题考核著作权侵权行为。根据《著作权法》第36条第1款和第22条第9项规定，郝某是赈灾义演，虽然收取观众的费用没有自己占有而捐给灾区，但是不满足法律规定的“未向公众收取费用”的条件，不属于合理使用的范围，郝某演唱叶某创作的《星光灿烂》应征得叶某的同意并向其支付报酬。因此，A项正确。根据《著作权法》第37条第4项规定，南极熊唱片公司录制郝某的歌曲，应征得郝某的同意并向其支付报酬。因此，B项正确。根据《著作权法》第43条可知，星星电台播放该歌曲不需要征得著作权人即郝某和南极熊唱片公司的同意，但是应当向他们支付报酬。因此，CD项错误。

## 重点法条

第三十九条 录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。

录音录像制作者使用改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，应当取得改编、翻译、注释、整理作品的著作权人和原作品著作权人许可，并支付报酬。

录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用。

第四十条 录音录像制作者制作录音录像制品，应当同表演者订立合同，并支付报酬。

第四十一条 录音录像制作者对其制作的录音录像制品，享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利；权利的保护期为五十年，截止于该制品首次制作完成后第五十年的12月31日。

被许可人复制、发行、通过信息网络向公众传播录音录像制品，还应当取得著作权人、表演者许可，并支付报酬。

### 【关联法条】

#### 《著作权法实施条例》

第三十一条 著作权人依照著作权法第三十九条第三款声明不得对其作品制作录音制品的，应当在该作品合法录制为录音制品时声明。

第三十四条 外国人、无国籍人在中国境内制作、发行的录音制品，受著作权法保护。

外国人、无国籍人根据中国参加的国际条约对其制作、发行的录音制品享有的权利，受著作权法保护。

## 法条精解

### 1. 录音录像制作者的权利

录音录像制作者的权利是指录音录像制作者对其制作的录音制品和录像制品所享有的权利。我国《著作权法》第41条第1款规定：“录音录像制作者对其制作的录音录像制品，享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。该权利的保护期为50年，截止于该制品首次制作完成后第50年的12月31日。”

根据上述规定，录音录像制作者的权利包括下列具体内容：录音录像制作者对自己制作的音像制品享有专有使用、销售、复制、出租、通过信息网络向公众传播的权利；并享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利；未经录音录像制作者的许可，无论是直接复制，还是间接复制（转录），都属于侵犯录音录像制作者权利的行为。

### 2. 录音录像制作者权利的限制

录音录像制作者只有在履行法律规定的义务后，才能取得自己的权利，并受法律保护。

（1）录音制作者使用他人作品的限制。录音制作者使用他人作品，应经著作权人许可，并支付报酬；使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品，可不经著作权人许可，但必须支付合理报酬；著作权人已事先声明不许使用的，录音制作者不得擅自使用。

（2）录像制作者使用他人作品的限制。录像制作者使用他人作品制作录像制品，不管作品是否发表，均需取得著作权人许可，并支付报酬。我国《著作权法》对录像制作者使用他人作品的要求比录音制作者使用他人作品要严格得多。这是因为录像制品的情况比录音制品要复杂，现实生活中某个录像制品的复制



发行，会给电影、电视带来较大的冲击，所以著作权人应当有权决定是否同意将作品制作成录像制品。

(3) 录音录像制作者使用演绎作品的限制。录音录像制作者使用演绎作品时，既要向原作品著作权人付酬，也需要向演绎作品的著作权人付酬。并且在使用演绎作品时，需要取得原著作权人和演绎作品的著作权人的双重许可。

(4) 录音录像制作者利用表演者的表演的限制。录音录像制作者经常根据表演者的表演制成音像制品，对此，我国《著作权法》第40条规定：“录音录像制作者制作录音录像制品，应当同表演者订立合同，并支付报酬。”

除上述的限制外，被许可复制、发行、出租、通过信息网络传播录音录像制品的人，除需向最初的录音录像制作者付酬外，还需取得有关著作权人和表演者许可并支付报酬。

### 真题示例

(2004-3-63) 某影视中心在一电视连续剧中为烘托剧情，使用播放了某正版唱片中的部分音乐作品作为背景音乐。中国音乐著作权协会（音乐作品著作权人授权的集体管理组织）以该使用行为未经许可为由要求制片人支付报酬。该协会的要求被拒绝后，遂向法院起诉。下列说法哪些是错误的？

- A. 播放行为是合理使用行为
- B. 播放行为侵犯了音乐作品著作权人的表演权
- C. 播放行为侵犯了录音制品制作者的播放权
- D. 中国音乐著作权协会不是正当原告

答案：ACD。

解析：根据《著作权法》第28条、第37条第1款规定，B项正确，A、C项错误。根据《著作权法》第8条第1款，中国音乐著作权协会是由专门维护作曲者、作词者和其他音乐著作权人合法权益的社会团体，其可以代表著作权人进行和著作权相关的权利的保护活动。故D项错误。

### 重点法条

第四十二条 广播电台、电视台播放他人未发表的作品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。

广播电台、电视台播放他人已发表的作品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。

第四十三条 广播电台、电视台播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。当事人另有约定的除外。具体办法由国务院规定。

### 法条精解

广播电台、电视台播放他人的作品，是否要经著作权人许可要看该作品是否已经发表。另外，无论是否发表，播放他人作品都要支付报酬。

### 重点法条

第四十四条 广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为：

- (一) 将其播放的广播、电视转播；
- (二) 将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体。

前款规定的权利的保护期为五十年，截止于该广播、电视首次播放后第五十年的12月31日。

【关联法条】

《著作权法实施条例》

第三十五条 外国的广播电台、电视台根据中国参加的国际条约对其播放的广播、电视节目享有的权利，受著作权法保护。

### 法条精解

本条是关于广播组织专有权和权利保护期的规定。

### 重点法条

第四十六条 有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：

- (一) 未经著作权人许可，发表其作品的；
- (二) 未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的；







(三) 没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；

(四) 歪曲、篡改他人作品的；

(五) 剽窃他人作品的；

(六) 未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；

(七) 使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；

(八) 未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或者录音录像制品的，本法另有规定的除外；

(九) 未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；

(十) 未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的；

(十一) 其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。

第四十七条 有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害公共利益的，可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，并可处以罚款；情节严重的，著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

(一) 未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，本法另有规定的除外；

(二) 出版他人享有专有出版权的图书的；

(三) 未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的，本法另有规定的除外；

(四) 未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的，本法另有规定的除外；

(五) 未经许可，播放或者复制广播、电视的，本法另有规定的除外；

(六) 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的，法律、行政法规另有规定的除外；

(七) 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息的，法律、行政法规另有规定的除外；

(八) 制作、出售假冒他人署名的作品的。

第四十八条 侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。

#### 【关联法条】

#### 《著作权民事纠纷司法解释》

第二十条 出版物侵犯他人著作权的，出版者应当根据其过错、侵权程度及损害后果等承担民事赔偿责任。

出版者对其出版行为的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等未尽到合理注意义务的，依据著作权法第四十八条的规定，承担赔偿责任。

出版者尽了合理注意义务，著作权人也无证据证明出版者应当知道其出版涉及侵权的，依据民法通则第一百一十七条第一款的规定，出版者承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任。

出版者所尽合理注意义务情况，由出版者承担举证责任。

第二十四条 权利人的实际损失，可以根据权利人因侵权所造成复制品发行减少量或者侵权复制品销售量与权利人发行该复制品单位利润乘积计算。发行减少量难以确定的，按照侵权复制品市场销售量确定。

第二十五条 权利人的实际损失或者侵权人的违法所得无法确定的，人民法院根据当事人的请求或者依职权适用著作权法第四十八条第二款的规定确定赔偿数额。

人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑作品类型、合理使用费、侵权行为性质、后果等情节综合确定。

当事人按照本条第一款的规定就赔偿数额达成协议的，应当准许。

第二十六条 著作权法第四十八条第一款规定的制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用。

人民法院根据当事人的诉讼请求和具体案情，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。

第二十七条 在著作权法修改决定施行前发生的侵犯著作权行为起诉的案件，人民法院于该决定施行后作出判决的，可以参照适用著作权法第四十八条的规定。

### 法条精解

1. 根据第46条规定，出现其规定的11种情形的情况下，侵权行为人应当承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失的民事责任。

2. 根据第47条，其规定的侵权行为不仅侵害了著作权人的权利以及与著作权有关的权益，同时，扰乱了文化市场的秩序，损害了社会公共利益。因此，本条除规定侵权行为人应当承担民事责任外，还规定可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，并可以处以罚款；情节严重的，著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 侵权赔偿额的确定顺序：①权利人的实际损失。②侵权人的违法所得。③法院判决的数额。

需要注意的是，只有前一个无法确定的情况下才能适用后一个。

### 真题示例

(2008-3-21) 甲从书画市场上购得乙的摄影作品《鸟巢》，与其他摄影作品一起用于营利性展览。丙偷偷将《鸟巢》翻拍后以自己的名义刊登在某杂志上，丁经丙同意将刊登在该杂志上的《鸟巢》又制作成挂历销售。对此，下列哪一选项是正确的？

A. 甲无权将《鸟巢》进行营利性展览

B. 丙的行为构成剽窃

C. 丙的行为侵犯了乙的发表权

D. 丁应停止销售，但因无过错免于承担赔偿责任

答案：B。

解析：根据《著作权法》第18条规定，甲从书画市场上合法购入乙的摄影作品《鸟巢》的所有权，因此，甲享有该作品的展览权，因此，A项错误，不选。丙偷偷将《鸟巢》翻拍后以自己的名义刊登在某杂志上的行为构成剽窃，因此，B项正确，当选。根据《著作权法》第10条第1项规定，丙不可能再侵犯乙的发表权了，C项错误，不选；根据《著作权民事纠纷解释》第19条规定，丁应该对其出版、制作有合法授权承担举证责任，如果举证不能的应当承担赔偿责任，而非是因无过错免于承担赔偿责任，D项错误，不选。

## 《商标法》

### 重点法条

第三条 经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。

本法所称集体商标，是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。

本法所称证明商标，是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

集体商标、证明商标注册和管理的特殊事项，由国务院工商行政管理部门规定。

### 法条精解

商标是指能够将不同的经营者所提供的商品或者服务区别开来，并可为视觉所感知的标记。根据不同的标准，商标可分为：

1. 平面商标和立体商标。前者是指以文字、图形或者文字、图形组合而成的标志。后者是指以商品形



状或者其容器、包装的形状构成的三维标志。

2. 注册商标和未注册商标。注册商标是商标法保护的對象，其所有人享有商标专用权。未注册商标可以自行在市场上使用，但其使用人不享有商标专用权，一般情况下，无权禁止他人使用相同商标，也无权阻止他人就相同商标提出注册申请。

3. 商品商标和服务商标。服务商标是提供服务的经营者在其向社会提供的服务项目上使用的标记，也称为服务标记。

4. 集体商标和证明商标。集体商标是指以工商业团体、协会或者其他组织名义注册、供该组织成员在工商业活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。证明商标是指由对某个具体商品或者服务有检测和监督能力的组织注册，而由注册人以外的人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

### 重点法条

第四条 自然人、法人或者其他组织对其生产、制造、加工、拣选或者经销的商品，需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商品商标注册。

自然人、法人或者其他组织对其提供的服务项目，需要取得商标专用权的，应当向商标局申请服务商标注册。

本法有关商品商标的规定，适用于服务商标。

### 法条精解

本条是关于商标主体和商品商标、服务商标注册的规定，以及服务商标适用法律的规定。

### 重点法条

第五条 两个以上的自然人、法人或者其他组织可以共同向商标局申请注册同一商标，共同享有和行使该商标专用权。

### 法条精解

本条是关于共有商标的申请和权利的享有与行使的规定。

### 重点法条

第六条 国家规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。

### 法条精解

本条是关于商标强制注册的特别规定。

商标法遵循的是商标自愿注册原则，这是基本原则、基本制度；但在某些特定的商品上，则需要强制注册。

商标的强制注册是指，国家规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册。也就是商标的强制注册由国家具体规定其商品，如果规定了某项商品后，这项商品上就必须使用注册商标，生产者或者经营者就有义务将其商标申请注册，经核准注册后使用。未经核准注册的，该商品不得在市场上销售。

### 重点法条

第八条 任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的可视性标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。

第九条 申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。

商标注册人有权标明“注册商标”或者注册标记。

### 法条精解

本条规定商标的构成要素及其特征。

对注册商标有两项基本要求：一是具有可区别性，没有这种区别性的标志，就不成为商标，而是一些其他意义上的标志；二是具有可视性。在商标法的规定中，将商标的构成确定为包括文字、图形、字母、



数字、三维标志和颜色组合，以及上述要素的组合。

商标的基本特征是它的区别性，人们借助商标识别商品或者服务的来源，这就要求商标是能够适应这种功能的。申请注册的商标，还应具备的另一个条件就是不得与他人在先取得的合法权利相冲突。

### 重点法条

第十条 下列标志不得作为商标注册：

（一）同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；

（二）同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的，但该国政府同意的除外；

（三）同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；

（四）与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；

（五）同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的；

（六）带有民族歧视性的；

（七）夸大宣传并带有欺骗性的；

（八）有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

第十一条 下列标志不得作为商标注册：

（一）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；

（二）仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；

（三）缺乏显著特征的。

前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

### 法条精解

要注意第10条和第11条的对比记忆。第10条规定了不得作为商标使用的情形；而第11条规定的是不得作为商标注册的情形，即未禁止作为商标使用。注意第11条还有一个例外规定：前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

### 真题示例

（2007-3-62）商标局受理了一批商标注册申请，审查过程中均未发现在先申请。商标局应当依法驳回下列哪些注册申请？

- A. 将“红旗”文字商标使用于油漆商品上
- B. 将“敌尔蚊”文字商标使用于驱蚊商品上
- C. 将“光明”文字商标使用于灯泡商品上
- D. 将“红高粱”文字商标使用于高粱酿制的白酒类商品上

答案：BD。

解析：根据《商标法》第10条的规定，与中华人民共和国国旗相同或近似的标志不得作为商标使用。我国的国旗是五星红旗，用“红旗”作为文字商标应当是允许的，因此本题不能选A。根据《商标法》第11条第1款规定，“敌尔蚊”仅仅直接表示驱蚊商品的功能、用途，不得作为商标注册，B项可选。“光明”并非直接表示灯泡商品的功能，可以作为商标注册，不能选C项。“红高粱”仅仅直接表示了商品的主要原料，不得作为商标注册，D项可选。

### 重点法条

第十二条 以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。

### 法条精解

本条是对申请注册三维标志商标的限制条件的规定。





1. 三维标志商标也称立体商标。
2. 立体商标与平面商标不同，立体商标由三维标志构成，从视觉的角度看，立体商标比平面商标更直观，但是以三维标志申请注册商标与平面商标一样，也要具有显著特征，便于识别。不具有显著特点的，不得注册为商标。本条对三维标志申请注册商标规定了3项限制条件：
  - (1) 仅由商品自身的性质产生的形状，不得注册为商标。如食品中的元宵、麻花等。如果允许将元宵、麻花的形状注册为元宵、麻花的商标，并独占使用，等于剥夺了其他生产经营者生产经营元宵、麻花的权利，是不公平的。
  - (2) 使商品具有实质性价值的形状，不得注册为商标。
  - (3) 为获得技术效果而需有的商品形状，不得注册为商标。如电动剃须刀刀片的形状，是为达到一定的技术效果设计的，而不是为了与其他剃须刀相区别，不具有商标的功能，如果允许将这种刀片的形状注册为剃须刀的商标，并独占使用，将有碍此项技术的推广与应用。

### 真题示例

(2006-3-63)“花果山”市出产的鸭梨营养丰富，口感独特，远近闻名，当地有关单位拟对其采取的保护措施中，哪些是不合法的？

- A. 将“花果山”申请注册为集体商标，使用于鸭梨上
- B. 将“花果山”申请注册为证明商标，使用于鸭梨上
- C. 将鸭梨的形状申请注册为立体商标，使用于鸭梨上
- D. 将“香梨”申请注册为文字商标，使用于鸭梨上

答案：CD。

解析：根据《商标法》第3条规定，A项和B项是符合法律规定的，因此不符合题意，不选。根据《商标法》第12条规定，C项的说法是不合法的。根据《商标法》第11条规定，D项的说法也是不合法的。所以本题应选CD。

### 重点法条

第十三条 就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。

就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

#### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

第五条 依照商标法和本条例的规定，在商标注册、商标评审过程中产生争议时，有关当事人认为其商标构成驰名商标的，可以相应向商标局或者商标评审委员会请求认定驰名商标，驳回违反商标法第十三条规定的商标注册申请或者撤销违反商标法第十三条规定的商标注册。有关当事人提出申请时，应当提交其商标构成驰名商标的证据材料。

商标局、商标评审委员会根据当事人的请求，在查明事实的基础上，依照商标法第十四条的规定，认定其商标是否构成驰名商标。

第四十五条 使用商标违反商标法第十三条规定的，有关当事人可以请求工商行政管理部门禁止使用。当事人提出申请时，应当提交其商标构成驰名商标的证据材料。经商标局依照商标法第十四条的规定认定为驰名商标的，由工商行政管理部门责令侵权人停止违反商标法第十三条规定使用该驰名商标的行为，收缴、销毁其商标标识；商标标识与商品难以分离的，一并收缴、销毁。

第五十三条 商标所有人认为他人将其驰名商标作为企业名称登记，可能欺骗公众或者对公众造成误解的，可以向企业名称登记主管机关申请撤销该企业名称登记。企业名称登记主管机关应当依照《企业名称登记管理规定》处理。

#### 《商标民事司法解释》

第二条 依据商标法第十三条第一款的规定，复制、摹仿、翻译他人未在中国注册的驰名商标或其主要部分，在相同或者类似商品上作为商标使用，容易导致混淆的，应当承担停止侵害的民事法律责任。

第六条 因侵犯注册商标专用权行为提起的民事诉讼，由商标法第十三条、第五十二条所规定侵权行



为的实施地、侵权商品的储藏地或者查封扣押地、被告住所地人民法院管辖。

前款规定的侵权商品的储藏地，是指大量或者经常性储存、隐匿侵权商品所在地；查封扣押地，是指海关、工商等行政机关依法查封、扣押侵权商品所在地。

### 法条精解

本条是对驰名商标特别保护的规定。本条从两个方面对驰名商标的保护做出明确规定，对未在我国注册的驰名商标和已在我国注册的驰名商标保护范围有所不同。

1. 就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。也就是说，对未在我国注册的驰名商标，只保护其在相同或者类似商品或服务上注册和使用的权利。如某一申请注册的商标是复制、摹仿或翻译他人未在我国注册的驰名商标，用于相同或者类似商品或服务上，容易导致混淆的，则对该商标不予注册并禁止使用。但是，如果使用该申请注册的商标的商品和服务与使用未在我国注册的驰名商标的商品或服务不相同或不相类似，不容易导致混淆的，则不禁止其注册和使用。

2. 就不相同或者不相关商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。也就是说，对已在我国注册的驰名商标，不仅禁止他人在相同或者类似商品或服务上注册和使用，也禁止他人在不相同或者不相关商品或服务上注册和使用，体现了我国商标法侧重保护注册商标的原则。

### 真题示例

1. (2002-3-39) H市的甲公司生产啤酒，申请注册的“向阳花”文字商标被国家有关部门认定为驰名商标。下列哪些行为属于商标侵权行为？

- A. 乙公司在自己生产的葡萄酒上使用“葵花”商标
- B. 设在G市的丙公司将“向阳花”作为自己的商号登记使用
- C. 丁公司将“向阳花”注册为域名，用于网上宣传、销售书籍等文化用品
- D. 戊公司自己生产的农药产品上使用“向阳花”商标

答案：BCD。

解析：依据《商标法》第13条第2款的规定，对于选项A，应当考虑“葵花”与“向阳花”是否属于近似商标，这两个是文字商标，因此没有近似性，故不选。

2. (2005-3-60) 某外资企业拥有“雨露”商标，使用的商品为啤酒。该商标未在中国注册，但被我国有关部门认定为驰名商标。该外资企业的下列哪些请求应当得到支持？

- A. 请求禁止甲公司将“雨露”商标在葡萄酒上注册
- B. 请求禁止乙公司将“雨露”商标在葡萄酒上使用
- C. 请求禁止丙公司将“雨露”商标在啤酒上使用
- D. 请求已将“雨露”商标在啤酒上使用的丁公司赔偿损失

答案：ABC。

解析：本题考核驰名商标的保护。根据《商标法》第13条规定，选ABC。《商标法》第七章规定的是对“注册商标专用权的保护”，而对未注册商标则未规定赔偿损失的责任。由此不选D。

### 重点法条

第十四条 认定驰名商标应当考虑下列因素：

- (一) 相关公众对该商标的知晓程度；
- (二) 该商标使用的持续时间；
- (三) 该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围；
- (四) 该商标作为驰名商标受保护的记录；
- (五) 该商标驰名的其他因素。

【关联法条】

《商标民事纠纷司法解释》

第八条 商标法所称相关公众，是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或



者服务的营销有密切关系的其他经营者。

第二十二条 人民法院在审理商标纠纷案件中,根据当事人的请求和案件的具体情况,可以对涉及的注册商标是否驰名依法作出认定。

认定驰名商标,应当依照商标法第十四条的规定进行。

当事人对曾经被行政主管机关或者人民法院认定的驰名商标请求保护的,对方当事人对涉及的商标驰名不持异议,人民法院不再审查。提出异议的,人民法院依照商标法第十四条的规定审查。

### 法条精解

本条是关于驰名商标认定的规定。

本条在总结实践经验的基础上,参考国际上的通行作法对认定驰名商标应当考虑的因素作了具体规定。

1. 相关公众对该商标的知晓程度。驰名商标是在市场上有较高声誉的商标,为相关公众所认同。把公众知晓程度作为认定驰名商标的首要因素符合《与贸易有关的知识产权协议》的原则和一般大众心理。这里的“相关公众”是指与使用该商标的商品和服务有关的公众,而非所有的公众。

2. 该商标使用的持续时间。一个商标要取得市场信誉,形成竞争力,必须经过使用。无论是注册商标还是未经注册商标,只有通过使用才能体现其存在,体现其价值,也只有通过使用才能为公众知晓、被公众认同。放在抽屉里的商标是不会被公众知晓被公众认同的,更不会成为驰名商标。因此,把商标使用的持续时间作为认定驰名商标的因素是必要的。

3. 该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围。驰名商标应当是公众熟知的商标,要让公众熟知,需要广为宣传。因此,把商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围作为认定驰名商标的因素是很有意义的。

4. 该商标作为驰名商标受保护的记录。根据《保护工业产权巴黎公约》和《与贸易有关的知识产权协议》的规定,驰名商标在该公约和协议成员国中都是受保护的,如果能够提供曾经作为驰名商标受过保护的记录及相关证明文件,对在我国认定该商标为驰名商标将起重要作用。

5. 该商标驰名的其他因素。如使用该商标的商品和服务的销售或经营额、销售或服务区域、市场占有率等。由于本条规定无法穷尽认定驰名商标的所有因素,因此,此项规定具有相当弹性,既可以弥补前四项规定留下的空白,也可以为今后增补新的认定因素提供充足的空间。

### 重点法条

第十五条 未经授权,代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册,被代理人或者被代表人提出异议的,不予注册并禁止使用。

### 法条精解

本条是对被代理人或被代表人商标权益的保护的规定。

根据本条规定,代理人或者代表人接受被代理人或者被代表人的委托进行商标注册,应当以被代理人或者被代表人的名义进行。如果代理人或者代表人未经授权而以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册,被代理人或者被代表人有权提出异议,对提出异议的商标,商标主管部门不予注册,并禁止其使用。对于已经注册的商标,被代理人或者被代表人还可以根据本法第41条的规定,自该商标注册之日起5年内,要求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。对恶意注册的,驰名商标所有人可以不受5年的时间限制。

### 重点法条

第十六条 商标中有商品的地理标志,而该商品并非来源于该标志所标示的地区,误导公众的,不予注册并禁止使用;但是,已经善意取得注册的继续有效。

前款所称地理标志,是指标示某商品来源于某地区,该商品的特定质量、信誉或者其他特征,主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。

#### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

第六条 商标法第十六条规定的地理标志,可以依照商标法和本条例的规定,作为证明商标或者集体商标申请注册。

以地理标志作为证明商标注册的,其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织可以要求



使用该证明商标,控制该证明商标的组织应当允许。以地理标志作为集体商标注册的,其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织,可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织,该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员;不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的,也可以正当使用该地理标志,该团体、协会或者其他组织无权禁止。

## 法条精解

### 1. 地理标志的概念

地理标志,是指标示某商品来源于某地区,该商品的特定质量、信誉或者其他特征,主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。

### 2. 地理标志的特征

- (1) 地理标志是实际存在的地理名称,而不是臆造出来的;
- (2) 使用地理标志的商品其真实产地必须是该地理标志所标示的地区,而不是其他地区;
- (3) 只有该地理标志标示地区的生产经营者才能在其商品上使用该地理标志;
- (4) 使用地理标志的商品的特定质量、信誉或者其他特征,主要是由该地区的自然因素或者人文因素所决定的;
- (5) 地理标志不是商标,不具有独占性,不能转让。

### 3. 对地理标志的管理

地理标志虽然不是商标,但作为表明商品来源的标记,与商标一样具有识别商品的作用。特别是地理标志与商品的特定质量、信誉和其他特征紧密相关,因此,在市场经济条件下,有必要加强对地理标志的管理,以保护消费者的利益。本条也从保护消费者利益出发,对地理标志的管理做出了法律规定,即:商标中有商品的地理标志,而该商品并非来源于该标志所标示的地区,误导公众的,不予注册并禁止使用;但是已经善意取得注册的继续有效。其中的“但书”主要是考虑由于历史原因,已经善意取得注册的含有地理标志的商标经过使用,已经在消费者中产生了特定的含义,不会造成消费者对商品来源的误认,如“青岛啤酒”等。准许已经善意取得注册的含有地理标志的商标继续有效,对保护商标权人和广大消费者的利益是有利的。

## 重点法条

第十八条 外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的,应当委托国家认可的具有商标代理资格的组织代理。

### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

第七条 当事人委托商标代理组织申请商标注册或者办理其他商标事宜,应当提交代理委托书。代理委托书应当载明代理内容及权限;外国人或者外国企业的代理委托书还应当载明委托人的国籍。

外国人或者外国企业的代理委托书及与其有关的证明文件的公证、认证手续,按照对等原则办理。

商标法第十八条所称外国人或者外国企业,是指在中国没有经常居所或者营业所的外国人或者外国企业。

第八条 申请商标注册或者办理其他商标事宜,应当使用中文。

依照商标法和本条例规定提交的各种证件、证明文件和证据材料是外文的,应当附送中文译文;未附送的,视为未提交该证件、证明文件或者证据材料。

## 法条精解

本条是对外国人或者外国企业在我国申请商标注册和办理其他商标事宜应当委托商标代理组织代理的规定。

其中,关于外国人或者外国企业在我国申请商标注册和办理其他商标事宜,应当委托经我国主管机关认可的具有商标代理资格的组织代理的规定,是强制性规定。本条中的“其他商标事宜”,是指商标注册后需要申请变更、转让、续展以及依法提出商标异议或争议等行为,不包括因为商标争议向法院提起诉讼的行为。诉讼行为依诉讼法的规定办理,不受本法约束。

## 重点法条

第二十四条 商标注册申请人自其商标在外国第一次提出商标注册申请之日起六个月内,又在中国就相同商品以同一商标提出商标注册申请的,依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者按照相互承认优先权的原则,可以享有优先权。





依照前款要求优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在三个月内提交第一次提出的商标注册申请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交商标注册申请文件副本的，视为未要求优先权。

第二十五条 商标在中国政府主办的或者承认的国际展览会展出的商品上首次使用的，自该商品展出之日起六个月内，该商标的注册申请人可以享有优先权。

依照前款要求优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在三个月内提交展出其商品的展览会名称、在展出商品上使用该商标的证据、展出日期等证明文件；未提出书面声明或者逾期未提交证明文件的，视为未要求优先权。

### 法条精解

第24条和第25条可以进行比较记忆。这两条均是对商标优先权的规定。

1. 产生优先权的法定情形：申请人就其商标在外国第一次提出注册申请，且该外国与中国签订协议或共同参加了某一国际条约的；在中国政府主办的或者承认的国际展览会上首次使用，又在中国就相同产品以同一商标提出注册申请的。

2. 优先权期间均为6个月，但两者起算点不同。

3. 申请优先权应提出书面申请，并在3个月内提供相关证据，逾期不提交视为放弃。

### 重点法条

第二十九条 两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。

#### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

第十条 除本条例另有规定的外，当事人向商标局或者商标评审委员会提交文件或者材料的日期，直接递交的，以递交日为准；邮寄的，以寄出的邮戳日为准；邮戳日不清晰或者没有邮戳的，以商标局或者商标评审委员会实际收到日为准，但是当事人能够提出实际邮戳日证据的除外。

第十八条 商标注册的申请日期，以商标局收到申请文件的日期为准。申请手续齐备并按照规定填写申请文件的，商标局予以受理并书面通知申请人；申请手续不齐备或者未按照规定填写申请文件的，商标局不予受理，书面通知申请人并说明理由。

申请手续基本齐备或者申请文件基本符合规定，但是需要补正的，商标局通知申请人予以补正，限其自收到通知之日起30日内，按照指定内容补正并交回商标局。在规定期限内补正并交回商标局的，保留申请日期；期满未补正的，视为放弃申请，商标局应当书面通知申请人。

第十九条 两个或者两个以上的申请人，在同一种商品或者类似商品上，分别以相同或者近似的商标在同一天申请注册的，各申请人应当自收到商标局通知之日起30日内提交其申请注册前在先使用该商标的证据。同日使用或者均未使用的，各申请人可以自收到商标局通知之日起30日内自行协商，并将书面协议报送商标局；不愿协商或者协商不成的，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他人的注册申请。商标局已经通知但申请人未参加抽签的，视为放弃申请，商标局应当书面通知未参加抽签的申请人。

### 法条精解

本条首先规定了申请在先原则，即两个或者两个以上申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，由商标局初步审定并公告申请在先的商标。申请在先是根据申请人提出商标注册申请的日期来确定的，商标注册的申请日期以商标局收到申请文件的日期为准。因此应当以商标局收到申请文件的日期作为判定申请在先的标准。其次，对于两个或者两个以上申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标在同一天申请注册的，本条规定了使用在先原则，即对同一天申请的，由商标局初步审定并公告使用在先的商标。从本条的规定可以看出，我国商标法规定的是申请在先原则，使用在先原则只是在非常特殊的情况下适用。

### 真题示例

(2003-3-12) 甲于1999年3月1日开始使用“建华”牌商标，乙于同年4月1日开始使用相同的商



标。甲、乙均于2000年5月1日向商标局寄出注册“建华”商标的申请文件，但甲的申请文件于5月8日寄至，乙的文件于5月5日寄至。商标局应初步审定公告谁的申请？

- A. 同时公告，因甲、乙申请日期相同
- B. 公告乙的申请，因乙申请在先
- C. 公告甲的申请，虽然甲、乙同时申请，但甲使用在先
- D. 由商标局自由裁定

答案：B。

解析：根据《商标法》第29条和《商标法实施条例》第18条规定，甲的申请文件于5月8日寄至，乙的文件于5月5日寄至，所以乙申请在先，虽然甲使用在先，但只有在同时申请的情况下才适用使用在先的原则。故B正确。

### 重点法条

第三十条 对初步审定的商标，自公告之日起三个月内，任何人均可以提出异议。公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告。

### 法条精解

关于本条，应该注意以下几点：

1. 可提出异议的主体：任何人。
2. 异议期间：公告日起3个月内。
3. 提出异议的结果：商标局应听取当事方意见并作出规定。
4. 公告期满无异议的，直接核准注册。

### 重点法条

第三十一条 申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

### 法条精解

本条是关于保护在先权利和禁止恶意抢注的规定。

1. 申请商标注册不得损害他人现有的在先权利。“他人现有的在先权利”是指在商标注册申请人提出商标注册申请之前，他人已经取得的权利，比如外观设计专利权、著作权、企业名称权等等。商标权容易与这些权利发生冲突，所以本条规定申请商标注册不应损害他人现有的在先权利，即不得将他人已获得权利的外观设计等作为商标申请注册。

2. 申请商标注册，不得以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标。本条规定是2001年修改商标法增加的内容，主要是针对社会上抢注他人使用在先并有一定影响的商标的行为作的规定。

### 重点法条

第三十二条 对驳回申请、不予公告的商标，商标局应当书面通知商标注册申请人。商标注册申请人不服的，可以自收到通知之日起十五日内向商标评审委员会申请复审，由商标评审委员会做出决定，并书面通知申请人。

当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。

第三十三条 对初步审定、予以公告的商标提出异议的，商标局应当听取异议人和被异议人陈述事实和理由，经调查核实后，做出裁定。当事人不服的，可以自收到通知之日起十五日内向商标评审委员会申请复审，由商标评审委员会做出裁定，并书面通知异议人和被异议人。

当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知商标复审程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。

### 法条精解

第32条和第33条可以比照记忆：

1. 二者都提供了两种权利救济方式：向商标评审委员会申请复审；对复审结果不服向法院起诉。



2. 申请复审和提起诉讼的期间二个条文相同。

## 真题示例

(2002-3-43) 甲公司的一注册商标系乙画家创作的绘画作品。甲申请该商标注册时未经乙的许可。现乙认为其著作权受到侵害,与甲进行交涉。乙对于此事可采取的正确作法有哪些?

- A. 向甲公司所在地基层法院提起著作权侵权之诉
- B. 请求商标评审委员会裁定撤销甲的注册商标
- C. 如对法院判决不服可以上诉但对商标评审委员会的裁定只能服从
- D. 采取许可方式使甲继续使用该注册商标,但甲应赔偿损失和支付报酬

答案: ABD。

解析: 甲使用乙的绘画作品而未得到许可,已构成侵犯著作权行为,根据《民事诉讼法》第29条规定,乙可向侵权人甲的住所地或侵权行为地提起诉讼。A项正确。根据《商标法》第31条规定,甲申请注册的商标侵犯了乙在先的著作权,B项正确。根据《商标法》第43条第2款规定,C项错误。根据《著作权法》第46条规定,使用他人作品,应当支付报酬而未支付的,应当根据情况,承担停止侵害,消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。D项正确。

## 重点法条

第三十四条 当事人在法定期限内对商标局做出的裁定不申请复审或者对商标评审委员会做出的裁定不向人民法院起诉的,裁定生效。

经裁定异议不能成立的,予以核准注册,发给商标注册证,并予公告;经裁定异议成立的,不予核准注册

经裁定异议不能成立而核准注册的,商标注册申请人取得商标专用权的时间自初审公告三个月期满之日起计算。

## 法条精解

1. 商标局应予核准注册的:初审后公告期满无异议的;虽有异议,但商标局、商标评审委员会或人民法院生效的裁定认为异议无效的。

2. 凡予以核准注册的,应予以公告。

3. 商标申请人取得商标专用权的起算时间是核准注册之日,但经异议而核准注册的起算时间是公告3个月的期满之日。

## 重点法条

第三十七条 注册商标的有效期为十年,自核准注册之日起计算。

第三十八条 注册商标有效期满,需要继续使用的,应当在期满前六个月内申请续展注册;在此期间未能提出申请的,可以给予六个月的宽展期。宽展期满仍未提出申请的,注销其注册商标。

每次续展注册的有效期为十年。

续展注册经核准后,予以公告。

### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

第二十七条 注册商标需要续展注册的,应当向商标局提交商标续展注册申请书。商标局核准商标注册续展申请后,发给相应证明,并予以公告。

续展注册商标有效期自该商标上一届有效期满次日起计算。

#### 《商标民事纠纷司法解释》

第五条 商标注册人或者利害关系人在注册商标续展宽展期内提出续展申请,未获核准前,以他人侵犯其注册商标专用权提起诉讼的,人民法院应当受理。

## 法条精解

1. 注册商标的有效期。自核准注册之日起10年。

2. 注册商标的续展,是指商标注册人为了延长注册商标的法律时效,在有效期届满前向商标局提出继



续使用的申请手续，经商标局核准注册并公告，继续维持该注册商标的法律效力的程序。根据《商标法》规定，注册商标有效期满，需要继续使用的，应当在期满前6个月内申请续展注册；在此期间未能提出申请的，可以给予6个月的宽展期。续展后商标的使用期限为从该注册商标有效期满之日起10年。

## 重点法条

**第三十九条** 转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。

转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

**第四十条** 商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。

商标使用许可合同应当报商标局备案。

### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

**第二十五条** 转让注册商标的，转让人和受让人应当向商标局提交转让注册商标申请书。转让注册商标申请手续由受让人办理。商标局核准转让注册商标申请后，发给受让人相应证明，并予以公告。

转让注册商标的，商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并转让；未一并转让的，由商标局通知其限期改正；期满不改正的，视为放弃转让该注册商标的申请，商标局应当书面通知申请人。

对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请，商标局不予核准，书面通知申请人并说明理由。

**第二十六条** 注册商标专用权因转让以外的其他事由发生移转的，接受该注册商标专用权移转的当事人应当凭有关证明文件或者法律文书到商标局办理注册商标专用权移转手续。

注册商标专用权移转的，注册商标专用权人在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并移转；未一并移转的，由商标局通知其限期改正；期满不改正的，视为放弃该移转注册商标的申请，商标局应当书面通知申请人。

**第四十三条** 许可他人使用其注册商标的，许可人应当自商标使用许可合同签订之日起3个月内将合同副本报送商标局备案。

**第四十四条** 违反商标法第四十条第二款规定的，由工商行政管理部门责令限期改正；逾期不改正的，收缴其商标标识；商标标识与商品难以分离的，一并收缴、销毁。

#### 《商标民事纠纷司法解释》

**第三条** 商标法第四十条规定的商标使用许可包括以下三类：

（一）独占使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定不得使用该注册商标；

（二）排他使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定可以使用该注册商标但不得另行许可他人使用该注册商标；

（三）普通使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，许可他人使用其注册商标，并可自行使用该注册商标和许可他人使用其注册商标。

**第十九条** 商标使用许可合同未经备案的，不影响该许可合同的效力，但当事人另有约定的除外。

商标使用许可合同未在商标局备案的，不得对抗善意第三人。

**第二十条** 注册商标的转让不影响转让前已经生效的商标使用许可合同的效力，但商标使用许可合同另有约定的除外。

## 法条精解

注册商标的转让，是指注册商标所有人在法律允许的范围内，将其注册商标转移给他人所有，转让注册商标是注册商标的主体发生变更，转让后的商标所有人不再是原注册人。

本条规定注册商标的转让形式为协议转让。在本条规定情况下，明确协议转让注册商标需由转让人与受让人签订注册商标转让协议，并共同向商标局提出申请，也就是说，不能由当事人自主决定。按有关规





定, 转让人和受让人应当向商标局交送《转让注册商标申请书》一份, 有关申请手续由受让人办理, 受让人必须符合《商标法》第4条有关主体资格的规定, 即从事生产、制造、加工、拣选和经销商品或是提供服务的自然人、法人或者其他组织。经商标局核准后, 发给受让人相应证明, 并予以公告。转让注册商标的, 商标注册人对其在同一种或者类似商品上注册的相同或者近似的商标, 必须一并办理。转让的注册商标涉及国家规定必须使用注册商标的商品, 还必须提供有关主管部门的证明文件。对可能产生误认、混淆或者其他不良影响的转让注册商标申请, 商标局不予核准, 予以驳回。

允许商标转让与营业相分离, 并不意味着转让上的随意性, 如果注册商标的转让可能引起不同厂家商品的混淆或商品质量的下降, 或转让行为有损于第三人或公众的利益, 法律是予以禁止的。所以在我国法律上采取申请核准制。根据本条规定, 受让人应当保证使用该注册商标的商品质量, 有关条文还明确规定, 使用注册商标, 其商品粗制滥造, 以次充好、欺骗消费者的, 由各级工商行政管理部门分别不同情况予以处理, 直至由商标局撤销其注册商标。对自行转让注册商标的, 商标局还应责令其限期改正或者撤销其注册商标。

转让注册商标经核准后, 予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

### 真题示例

(2005-3-61) A市甲厂是某种饮料的商标注册人, 在与B市乙厂签订的该商标使用许可合同中, 特别约定乙厂使用甲厂商标的饮料全部使用甲厂的包装瓶, 该包装瓶仅标注甲厂的名称和产地。该合同未报商标局备案即付诸履行。下列哪些说法是正确的?

- A. 该商标使用许可合同无效
- B. 该特别约定无效
- C. 乙厂使用甲厂的包装瓶侵犯了甲厂的企业名称权
- D. 乙厂使用甲厂的包装瓶侵犯了消费者的知情权

答案: BD。

解析: 根据《商标法》第40条规定, 不选A选项是因为商标许可使用虽要求备案, 但不备案并不会导致合同无效; 只是在商标转让合同中不经商标局核准才会引起转让合同无效。选B项是因为该特别约定违反了《产品质量法》第27条规定的禁止性条款。不选C项是因为乙厂使用甲厂的包装瓶是经过甲厂许可的。根据《消费者权益保护法》第8条规定, 选D。

### 重点法条

第四十一条 已经注册的商标, 违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的, 或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的, 由商标局撤销该注册商标; 其他单位或者个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。

已经注册的商标, 违反本法第十三条、第十五条、第十六条、第三十一条规定的, 自商标注册之日起五年内, 商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。对恶意注册的, 驰名商标所有人不受五年的时间限制。

除前两款规定的情形外, 对已经注册的商标有争议的, 可以自该商标经核准注册之日起五年内, 向商标评审委员会申请裁定。

商标评审委员会收到裁定申请后, 应当通知有关当事人, 并限期提出答辩。

第四十二条 对核准注册前已经提出异议并经裁定的商标, 不得再以相同的事实和理由申请裁定。

第四十三条 商标评审委员会做出维持或者撤销注册商标的裁定后, 应当书面通知有关当事人。

当事人对商标评审委员会的裁定不服的, 可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知商标裁定程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。

#### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

第二十九条 商标法第四十一条第三款所称对已经注册的商标有争议, 是指在先申请注册的商标注册人认为他人在后申请注册的商标与其在同一种或者类似商品上的注册商标相同或者近似。

第三十条 申请商标评审, 应当向商标评审委员会提交申请书, 并按照对方当事人数量提交相应份数的副本; 基于商标局的决定书或者裁定书申请复审的, 还应当同时附送商标局的决定书或者裁定书副本。

商标评审委员会收到申请书后, 经审查, 符合受理条件的, 予以受理; 不符合受理条件的, 不予受理,



书面通知申请人并说明理由；需要补正的，通知申请人自收到通知之日起 30 日内补正。经补正仍不符合规定的，商标评审委员会不予受理，书面通知申请人并说明理由；期满未补正的，视为撤回申请，商标评审委员会应当书面通知申请人。

商标评审委员会受理商标评审申请后，发现不符合受理条件的，予以驳回，书面通知申请人并说明理由。

第三十一条 商标评审委员会受理商标评审申请后，应当及时将申请书副本送交对方当事人，限其自收到申请书副本之日起 30 日内答辩；期满未答辩的，不影响商标评审委员会的评审。

第三十二条 当事人需要在提出评审申请或者答辩后补充有关证据材料的，应当在申请书或者答辩书中声明，并自提交申请书或者答辩书之日起 3 个月内提交；期满未提交的，视为放弃补充有关证据材料。

第三十三条 商标评审委员会根据当事人的请求或者实际需要，可以决定对评审申请进行公开评审。

商标评审委员会决定对评审申请进行公开评审的，应当在公开评审前 15 日书面通知当事人，告知公开评审的日期、地点和评审人员。当事人应当在通知书指定的期限内作出答复。

申请人不答复也不参加公开评审的，其评审申请视为撤回，商标评审委员会应当书面通知申请人；被申请人不答复也不参加公开评审的，商标评审委员会可以缺席评审。

第三十四条 申请人在商标评审委员会作出决定、裁定前，要求撤回申请的，经书面向商标评审委员会说明理由，可以撤回；撤回申请的，评审程序终止。

第三十五条 申请人撤回商标评审申请的，不得以相同的事实和理由再次提出评审申请；商标评审委员会对商标评审申请已经作出裁定或者决定的，任何人不得以相同的事实和理由再次提出评审申请。

第三十六条 依照商标法第四十一条的规定撤销的注册商标，其商标专用权视为自始即不存在。有关撤销注册商标的决定或者裁定，对在撤销前人民法院作出并已执行的商标侵权案件的判决、裁定，工商行政管理部门作出并已执行的商标侵权案件的处理决定，以及已经履行的商标转让或者使用许可合同，不具有追溯力；但是，因商标注册人恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。

## 法条精解

1. 第 41 条前两款比较：第 1 款规定了在严重违法的情况下，商标局可依职权撤销，第三人也可以申请撤销；第 2 款规定在一般违法的情况下，可申请撤销的主体限于商标所有人和利害关系人。

2. 对恶意进行注册的，驰名商标所有人可随时提出申请，不受 5 年的限制，这体现了对驰名商标的特殊保护。

3. 关于禁止重复申请，除了第 42 条的规定外，还有如下情形：

申请人撤回申请的，不得以同一事实、理由再次提出申请；评审委员会对评审已作出裁定的，任何人不得以相同事实、理由在此提出评审申请。

## 真题示例

（2008-3-22）某县的甲公司未经漫画家乙许可，将其创作的一幅漫画作品作为新产品的商标使用，并于 2003 年 3 月 3 日被核准注册。乙认为其著作权受到侵害，与甲发生纠纷。乙应当采取下列哪种方式保护自己的合法权益？

- A. 向甲公司所在地基层法院提起侵犯著作权之诉
- B. 向有管辖权的法院提起撤销甲公司的注册商标之诉
- C. 请求商标评审委员会裁定撤销甲公司的注册商标
- D. 请求商标局裁定撤销甲公司的注册商标

答案：C。

解析：《商标法》第 41 条第 2 款规定，已经注册的商标，违反本法第 13 条、第 15 条、第 16 条、第 31 条规定的，自商标注册之日起 5 年内，商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。《商标法》第 31 条规定，申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。所以本题正确答案是 C。

## 重点法条

第四十四条 使用注册商标，有下列行为之一的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标：



- (一) 自行改变注册商标的；
- (二) 自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的；
- (三) 自行转让注册商标的；
- (四) 连续三年停止使用的。

第四十五条 使用注册商标，其商品粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的，由各级工商行政管理部门分别不同情况，责令限期改正，并可以予以通报或者处以罚款，或者由商标局撤销其注册商标。

第四十六条 注册商标被撤销的或者期满不再续展的，自撤销或者注销之日起一年内，商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请，不予核准。

#### 【关联法条】

#### 《商标法》

第四十九条 对商标局撤销注册商标的决定，当事人不服的，可以自收到通知之日起十五日内向商标评审委员会申请复审，由商标评审委员会做出决定，并书面通知申请人。

当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。

### 法条精解

1. 注意可以由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标的情形。
2. 注意对被撤销或者被注销的商标的注册限制：注册商标被撤销的或者期满不再续展的，自撤销或者注销之日起1年内，商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请，不予核准。

### 真题示例

(2009-3-65) 甲公司在食品上注册“乡巴佬”商标后，与乙公司签订转让合同，获五万元转让费。合同履行后，乙公司起诉丙公司在食品上使用“乡巴佬”商标的侵权行为。法院作出侵权认定的判决书刚生效，“乡巴佬”注册商标就因有“不良影响”被依法撤销。下列哪些说法是错误的？

- A. “乡巴佬”商标权视为自始不存在
- B. 甲公司应当向乙公司返还五万元
- C. 撤销“乡巴佬”商标的裁定对侵权判决不具有追溯力
- D. 丙公司可以将“乡巴佬”商标作为未注册商标继续使用

答案：BCD。

解析：本题考核商标权被撤销后的法律后果。根据《商标法实施条例》第36条规定可知，“乡巴佬”商标被撤销后，其商标专用权视为自始即不存在。因此，A项正确。商标权被撤销后，已经履行的商标转让或使用许可合同，不具有追溯力。因此，B项错误。商标被撤销后，对已执行的商标侵权案件的判决、裁定不具有追溯力，并非对所有的商标侵权案件的判决、裁定都没有追溯力。因此，C项错误。根据《商标法》第46条规定可知，《商标法》仅对被撤销的商标在1年内不能再申请注册，没有关于是否可以继续使用的相关规定。根据常理分析，本题中“乡巴佬”注册商标是因有“不良影响”被依法撤销。说明该商标的使用会产生“不良影响”，撤销的目的就是为了禁止使用权人使用，那么如果允许撤销后作为非注册商标使用的话，那么撤销的目的并没有达到。因此，D项说法错误。

### 重点法条

第五十一条 注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

第五十二条 有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

- (一) 未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；
- (二) 销售侵犯注册商标专用权的商品的；
- (三) 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；
- (四) 未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；
- (五) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

#### 【关联法条】

#### 《商标法实施条例》

第四十九条 注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原



料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

第五十条 有下列行为之一的，属于商标法第五十二条第（五）项所称侵犯注册商标专用权的行为：

（一）在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的；

（二）故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的。

### 《商标民事纠纷司法解释》

第一条 下列行为属于商标法第五十二条第（五）项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为：

（一）将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；

（二）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不相类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；

（三）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

第九条 商标法第五十二条第（一）项规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。

商标法第五十二条第（一）项规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。

第十条 人民法院依据商标法第五十二条第（一）项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：

（一）以相关公众的一般注意力为标准；

（二）既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；

（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。

第十一条 商标法第五十二条第（一）项规定的类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。

类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。

商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。

第十二条 人民法院依据商标法第五十二条第（一）项的规定，认定商品或者服务是否类似，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断；《商标注册用商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考。

### 法条精解

第51条和第52条注意比较记忆，注册商标的专用权限于核准商标及核定商品，而侵犯商标权的范围不限于此。

### 真题示例

（2007-3-61）甲公司在纸手帕等纸制产品上注册了“茉莉花”文字及图形商标。下列哪些未经许可的行为构成侵权？

- A. 乙公司在其制造的纸手帕包装上突出使用“茉莉花”图形
- B. 丙商场将假冒“茉莉花”牌纸手帕作为赠品进行促销活动
- C. 丁公司长期制造茉莉花香型的纸手帕，并在包装上标注“茉莉花香型”
- D. 戊公司购买甲公司的“茉莉花”纸手帕后，将“茉莉花”改为“山茶花”重新包装后销售

答案：ABD。

解析：根据《商标法实施条例》第50条规定，乙公司将“茉莉花”图形使用在其纸手帕的包装上，容易误导公众，因此构成侵权，A项正确。根据《商标法》第52条规定，丙商场将假冒“茉莉花”牌纸手帕作为赠品进行促销也是一种变相的销售活动，已经构成了侵权，B项正确。丁公司在产品包装上标注“茉





莉花香型”，只是说明产品的特性，不构成商标侵权，所以 C 是不能选的。戊公司的行为构成了反向假冒，构成侵权，因此 D 是应该选的。本题正确答案是 ABD。

## 重点法条

第五十六条 侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。

前款所称侵权人因侵权所得利益，或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五十万元以下的赔偿。

销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得的并说明提供者的，不承担赔偿责任。

### 【关联法条】

#### 《商标民事纠纷司法解释》

第十三条 人民法院依据商标法第五十六条第一款的规定确定侵权人的赔偿责任时，可以根据权利人选择的计算方法计算赔偿数额。

第十四条 商标法第五十六条第一款规定的侵权所获得的利益，可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。

第十五条 商标法第五十六条第一款规定的因被侵权所受到的损失，可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。

第十六条 侵权人因侵权所获得的利益或者被侵权人因被侵权所受到的损失均难以确定的，人民法院可以根据当事人的请求或者依职权适用商标法第五十六条第二款的规定确定赔偿数额。

人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，商标的声誉，商标使用许可费的数额，商标使用许可的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。

当事人按照本条第一款的规定就赔偿数额达成协议的，应当准许。

第十七条 商标法第五十六条第一款规定的制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用。

人民法院根据当事人的诉讼请求和案件具体情况，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。

## 法条精解

### 1. 《商标法》第 56 条第 1 款规定了确定侵犯商标专用权赔偿额的一般原则

(1) 按照侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益确定侵犯商标专用权的赔偿数额。侵权人因侵权所获得的利益是指侵权人通过侵权行为获得利润的数额。关于如何认定侵权人因侵权行为获得的利益的数额，最高人民法院于 1985 年 11 月 6 日在《关于商标侵权如何计算损失赔偿额和侵权期间问题的批复》中指出：侵权人在侵权期间因侵权所获的利润是指除成本以外的所有利润。在商标侵权案件中，侵权人所经营的全部侵权商品（已销售的及库存的）均应计算为非法经营额。

(2) 按照被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支确定侵犯商标专用权的赔偿数额。根据《商标民事纠纷司法解释》的规定，权利人因被侵权所受到的损失，可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润成绩计算。

### 2. 《商标法》第 56 条第 2 款规定了确定侵犯商标专用权赔偿数额的法定赔偿原则

法定赔偿原则是指在法律规定的赔偿数额范围内，由人民法院确定具体的赔偿额。法定赔偿原则是在第 1 款规定的一般赔偿原则的基础上规定的，是对一般赔偿原则的补充。按照法定赔偿原则确定商标侵权赔偿额，需要满足以下条件：(1) 存在侵犯注册商标专用权的行为；(2) 无法依照本法第 1 款规定的一般原则确定赔偿额，也就是侵权人因侵权所获得的利益，或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定；(3) 侵权赔偿额由人民法院根据侵权行为的情节确定。根据《商标民事纠纷司法解释》的规定，人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，商标的声誉，商标使用许可费的数额，商标使用许可的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定；(4) 最终确定的侵权赔偿额不得超过 50 万元。



# 《侵权责任法》

## 重点法条

第二条 侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

## 法条精解

本条是关于侵权责任法保护范围的规定，根据本条，我们可知，不仅民事权利受到侵权责任法的保护，民事权利以外的人身、财产等利益同样受到侵权责任的保护。本条第2款则具体列举了受到保护的许多权益，需要注意的一点是，侵权责任法保护的并不局限于这些权益。

## 重点法条

第四条 侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的，不影响依法承担侵权责任。

因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任，侵权人的财产不足以支付的，先承担侵权责任。

## 法条精解

当侵权行为人的侵权行为同时触犯行政法、刑法，应当承担行政责任或者刑事责任的，并不影响侵权行为人承担侵权责任。而且，侵权责任具有优先性，即如果侵权行为人如果承担行政责任或者刑事责任之后，剩余的财产不足以承担侵权责任的，应当先承担侵权责任。

## 重点法条

第六条 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

## 法条精解

本条第1款是关于侵权责任一般条款的规定，即规定了过错责任的归责原则，只有行为人具有过错的时候，才承担相应的侵权责任。

第2款则是关于过错推定原则的规定。过错推定本质上仍然为过错责任，但与一般过错责任原则不同的是，它是推定行为人主观上具有过错，当然，行为人可以证明自己没有过错而推翻该推定，即实行举证责任倒置。

## 重点法条

第七条 行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。

## 法条精解

本条是关于无过错原则的规定。所谓的无过错原则是指，不考虑行为人的过错，只要损害了他人的民事权益，就应当承担侵权责任。当然，无过错原则的适用必须有法律的明确规定，不得滥用。

## 重点法条

第十条 二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。

## 法条精解

本条是关于共同危险行为的规定。

1. 共同危险行为的概念



所谓共同危险行为，又称为准共同侵权行为，是指数人的危险行为有可能造成对他人的损害，但不知数人中何人造成实际的损害时，法律视其为共同侵权行为。

## 2. 共同危险行为的构成要件

(1) 客观方面的要件：①共同危险行为的主体必须实施了共同危险的行为，即他们的行为具有共同危险性。所谓共同危险性，是指他们的行为都在客观上有危及他人财产和侵害他人人身的可能。②共同危险行为均由可能造成损害后果。当然，这种危险只是一种可能性，并非各个共同危险行为有机地结合在一起就造成了同一的损害后果，而只是由于共同危险行为主体中的一人或者数人的行为造成了损害后果的发生。③损害后果已经发生，但不知何人造成损害。

(2) 主观方面的要件：共同危险行为人主观上应有共同的过错。首先，这种共同过错是一种推定的过错。其次，这种共同过错一般为共同过失。如果为共同故意，则构成共同加害行为，而不构成共同危险行为。

## 3. 共同危险行为的法律后果

共同危险行为的主体如不能证明何人造成损害，则应负连带责任。这种连带责任是一种外部责任，是对受害人的责任，是一种法定责任，不能因共同危险行为人的协议而改变。就共同危险行为人内部关系来说，仍然是按份责任。

### 重点法条

第十一条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。

第十二条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。

### 法条精解

第十一条和第十二条是关于二人以上分别实施侵权行为造成同一损害时责任的承担问题。如果每个行为人的行为都足以造成全部损害的，各个行为人应当承担连带责任。如果能够确定各个行为人的责任大小，则应按照责任大小承担责任，责任大小难以确定的，平均承担赔偿责任。

### 重点法条

第十七条 因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同数额确定死亡赔偿金。

### 法条精解

本条确立了“同命同价”原则。当然“同命同价”原则的适用是有条件的，即死亡的多人必须是同一侵权行为造成的。

### 重点法条

第二十条 侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

### 法条精解

本条是关于赔偿数额确定的规定。根据本条，侵害人身权益造成财产损失的，首先应当按照被侵权人受到的损失赔偿，如果损失难以确定，则按照侵权人获得的利益赔偿，如果利益也难以确定，当事人双方对赔偿数额也没有达成一致，则应由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

### 重点法条

第二十二条 侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。

### 法条精解

本条是关于精神损害赔偿的规定。根据本条规定，适用精神损害赔偿需要两个条件：①必须是对人身权益的侵害，对财产权益的损害不适用精神损害赔偿；②必须造成被侵害人的精神严重损害，一般的精神损害不得请求精神损害赔偿。



## 重点法条

第二十三条 因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的，由侵权人承担责任。侵权人逃逸或者无力承担责任，被侵权人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

## 法条精解

本条是关于见义勇为的规定。义勇为者因见义勇为受到损害，没有侵权人、侵权人逃逸或无力偿还，而请求受益人补偿时，法院应予支持，法院没有权力拒绝该请求，只有权力根据事实情况裁量补偿额。这种规定体现了鼓励与保护见义勇为行为的社会倾向，也符合法律上的公平责任原则。

## 重点法条

第三十三条 完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。

完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的，应当承担侵权责任。

## 法条精解

完全民事行为能力人在没有意识或者失去控制的情况下造成他人损害的，是否应当承担侵权责任，应当看行为人对自己失去意识或者失去控制是否有过错，如果有过错，应当承担侵权责任。当然，行为人没有过错的时候只是不用承担侵权责任，并不排除补偿责任的承担。根据本条第1款，行为人没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。

根据本条第2款的规定，如果行为人是因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品而使自己处于没有意识或者失去控制并造成他人损害的，应当承担相应的责任。

## 重点法条

第三十五条 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。

## 法条精解

对于个人之间形成的劳务关系，提供劳务一方因提供劳务造成他人损害的，由接收劳务一方承担侵权责任。当然，如果提供劳务一方违反了劳务合同的规定，接受劳务一方可以要求提供劳务一方承担违约责任。

提供劳务的一方如果因劳务使自己受到损害的，应当根据双方的过错来承担责任。

## 重点法条

第三十六条 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。

网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

## 法条精解

本条是关于网络用户、网络服务提供者侵权责任的规定。本条共分为三个层次。第1款是关于网络用户、网络服务提供者侵权责任的概括规定。第2款规定的是网络服务提供者不知道网络用户利用网络实施侵权行为的情况下，被侵权人有权请求网络服务提供者采取必要的措施，如果网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。根据第三款的规定，网络服务提供者如果知道网络用户通过网站实施侵权行为，网站经营者没有采取必要的措施，造成损害后果的，网络服务提供者与该网络用户承担连带责任。





## 重点法条

第三十八条 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担赔偿责任，但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担赔偿责任。

第三十九条 限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担赔偿责任。

第四十条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。

## 法条精解

本条是关于学生伤害事故责任的规定。具体来说，可以分成以下几种情况：第一，如果是无民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身伤害的，对学校适用过错推定责任原则。第二，如果是限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，则学校承担一般的过错责任。第三，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人受到校外第三人侵害的，应由实施侵权行为的第三人承担责任，学校则在过错范围内承担相应的补充责任。

## 重点法条

第四十七条 明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

## 法条精解

本条是关于惩罚性赔偿金的规定。根据本条，我们可知，惩罚性赔偿金的适用需要注意以下几种情况：

1. 生产者销售者必须明知产品存在缺陷而仍然生产、销售。
2. 应当坚持造成实际人身损害才可以请求惩罚性赔偿金。如果没有造成实际损害，应当是《消费者权益保护法》第49条的内容，即产品欺诈和服务欺诈的问题，本身就已经规定了惩罚性赔偿金。只有造成实际损害的，才是侵权行为，才具备适用侵权的惩罚性赔偿金条件。
3. 人身损害必须达到严重的程度，即造成他人死亡或者健康严重侵害。

## 重点法条

第四十八条 机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。

## 法条精解

本条是关于机动车交通事故责任的一般规定。根据《道路交通安全法》第76条规定的规则我们可以知道，机动车交通事故责任共分为三个层次：

1. 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故造成损害的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足的部分，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过10%的赔偿责任。
2. 交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。
3. 机动车之间发生交通事故造成损害的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足的部分，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。

## 重点法条

第五十条 当事人之间已经以买卖等方式转让并交付机动车但未办理所有权转移登记，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。

## 法条精解

根据本条规定，在机动车已经交付但未办理所有权转移登记的情况下，如果发生交通事故后属于该机



动车一方责任的，应当首先由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任，即转让人并不承担责任。

### 重点法条

第五十二条 盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。保险公司在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。

### 法条精解

如果盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成他人损害的，盗窃人、抢劫人或者抢夺人应当承担赔偿责任。但是，在暂时没有找到盗窃人、抢劫人或者抢夺人之前，保险公司可在机动车强制责任限额范围内垫付抢救费用，垫付之后有权向责任人追偿。

### 重点法条

第五十四条 患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。

### 法条精解

本条是关于医疗损害责任的一般规定。根据本条，医疗机构承担的责任为过错责任，即，只对医疗机构及其医务人员的过错行为承担责任。

### 重点法条

第五十五条 医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。

医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

### 法条精解

本条是关于医院说明义务的规定。医务人员在诊疗活动中应当向患者履行说明义务，未尽到该义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

### 重点法条

第六十条 患者有损害，因下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：

- （一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；
- （二）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；
- （三）限于当时的医疗水平难以诊疗。

前款第一项情形中，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。

### 法条精解

本条是关于医疗机构免责事由的规定。在上述情形下，医疗机构不用承担赔偿责任。当然，应该注意的一点是，对于第一项的规定，即患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗造成患者受到损害的，如果医疗机构及其医务人员也有过错的，也应当承担相应的赔偿责任。

### 重点法条

第八十条 禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

### 法条精解

本条是关于烈性犬等危险动物致人损害的赔偿责任的规定。根据本条，烈性犬等危险动物致人损害，动物的饲养人或者管理人承担的是无过错责任。



## 重点法条

第八十三条 因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。

## 法条精解

因第三人的过错致使动物致人损害的，受害人既可以向饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。但是，第三人才是最终的责任承担者，因此，动物的饲养人或者管理人赔偿之后，取得对第三人的追偿权。

## 重点法条

第八十六条 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

因其他责任人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由其他责任人承担侵权责任。

## 法条精解

建筑物缺陷致人损害责任，责任根据是建设单位与施工单位违反国家强制性的安全标准导致建筑物存在危及人身、财产安全的不合理危险，只要此缺陷建筑物在合理使用期限内倒塌造成损害，即应由建设单位与施工单位承担赔偿责任，而不考虑他们是否具有过错。因此，建筑物缺陷致人损害，不应适用本法第六条关于过错责任原则的规定，而应属于本法第7条所规定的无过错责任。这与本法和产品质量法规定缺陷产品致人损害的无过错责任，是同一道理。当然，建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

## 重点法条

第八十七条 从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。

## 法条精解

本条是关于抛掷物致人损害赔偿责任的规定。根据本条，我们应注意以下几点：①确定抛掷物致害责任，是基于公平考虑，而不是基于过错责任原则。②承担的责任是适当的补偿责任，而不是侵权责任。③承担责任的主体是可能的建筑物使用人。④能够证明自己不是侵权人的建筑物使用人不承担责任。⑤这种侵权行为的性质是物件致害责任，不是人的责任。







# 第九章 商 法



商法作为司法考试的重要内容，2005 年以后伴随着新的《公司法》和《合伙企业法》的出台，其考查比重有显著增加之势，尤其是 2009 年《保险法》修订，进一步扩大了其考察的要点范围。从最近几年真题来看，商法稳定地保持在 30~50 这样一个分值范围，其中客观题在 30 分左右，主观题（案例或文书）占 20 分左右，2009 年商法总分为 33 分，略高于 2008 年，但是跟往年相比还是有所下降，其关键的原因是 2008 年和 2009 年商法在卷四都没有出现案例题，所以导致总分值偏低一些。其中：《公司法》14 分，《合伙企业法》2 分，《个人独资企业法》2 分，企业法综合 2 分，《企业破产法》4 分，《票据法》3 分，中外合作企业法 2 分，《保险法》4 分。

司考对商法部分考察的总体特点为：

1. 既注重对商法知识的把握，也注重实际运用商法知识的能力培养，表现为客观选择题和案例分析题并重的命题路径。两者分值常常是平分秋色。

2. 与法条的联系紧密，特别关注新修改的关键法条。比如《合伙企业法》中关于“特殊普通合伙”以及“有限合伙”等新设内容，成为最近几年司考的热点问题，就是明证。

3. 商法考题涉及的考点较多，特别是《公司法》中考题的重复率较低，这要求考生对整个商法知识体系有全面系统的把握，对每一个具体的知识点也要有充分的了解。

今年商法试题总体难度稳定。从今年考点的分布情况来看，呈现如下几个特点：①重者恒重。以公司法为骨干的企业法知识的核心地位不会动摇，客观选择题中有半壁江山集中于此，而主观题通常也从中出现，这是复习商法的关键所在。②兼顾各法内容。商法中 10 部法律中有 8 部法律的有关内容在今年的考试中得到反映，除公司法外虽然各法分值都不太高，但绝不能加以忽视。③试题日趋综合性。这几年命题风格趋向于综合性，往往一个试题所考核的知识点不止一个，出现了许多在一道题目中同时考查多个知识点的情形。比如一道题目中，可能一两个选项是比较常规的知识点，但是另外两个是较有深度的知识点。比如 2009 年不定项选择的第 94 题，就从企业法整体出发，四个选项对应四部法律。④新增知识点必考。比如《公司法解释（二）》中关于公司解散的内容，在 2009 年的司法考试中设置了题目予以考查。而随着《保险法》的全面修改，2009 年的保险法涉及内容也有上升，相信今年考试中会加大对其相关内容的考查。

本书商法部分主要特点是：以重点法条为核心，结合相关关联法条，对重要的商法制度做出相应的说明，并以近年的真题示例及解析相配合。需要提醒的是：考生在复习的过程中，一定要结合最新的立法成果和司法实践，以法条为主线，以历年真题为模本，增强自我解读法条能力，注意法条之间的联系与区别，并尝试加以综合，把握考点背后的法律制度设计；在对具体内容的复习过程中，既要抓住《公司法》（企业法）这个重点，也要顾及其他商法内容，尽可能做到“把全书读薄，再把全书读厚”的基本要求。

## 《公司法》

### 重点法条

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

#### 【关联法条】

#### 《公司法》

第二条 本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

第十四条 公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公

司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

## 法条精解

本条谈的是公司的概念与特征。

公司是依照法定的条件与程序设立的、以营利为目的的社团法人。《公司法》的本质是组织法，核心在于公司的设立与公司的治理结构。

外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用公司法，有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定。

我国《公司法》上的公司都具有如下特征：

### 1. 法人资格

法人是与自然人并列的一类民商事主体，能够以自己的名义从事民商事活动，并以自己的财产独立承担民事责任，我国的公司是企业法人。公司法人资格的取得必须满足以下要求：

(1) 依法设立。是指设立公司应当依法向公司登记机关申请设立登记。

(2) 独立财产。是指公司作为一个以营利为目的的法人，必须有其可控制、可支配的财产，以从事经营活动。

(3) 独立责任。是指公司必须在自主经营的基础上自负盈亏，用其全部法人财产，对公司债务独立承担责任。

### 2. 社团性

依法人内部组织基础的不同，可将法人分为社团法人和财团法人，公司属于社团法人。公司的社团性表现为它通常由两个或两个以上的股东出资组成，通过产权的多元化实现股东间的利益制衡。

公司法中的例外是一人有限责任公司和国有独资公司，前者是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司，后者则由国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立。此外，根据我国《外资企业法》的规定，我国还允许设立外商独资的有限责任公司。除上述三种情况外，我国公司法不允许设立其他类型的一人公司。

### 3. 营利性

公司以营利为目的，是指设立公司的目的及公司的运作，都是为了谋求经济利益，体现为：

(1) 公司可以从事营利性活动；

(2) 公司将其营利活动所获盈利分配给其成员即股东。

## 真题示例

(2007-3-26) 徽南公司由甲乙丙3个股东组成，其中丙以一项专利出资。丙以专利出资后，自己仍继续使用该技术。下列哪一选项是正确的？

- A. 乙认为既然丙可以继续使用，则自己和甲也可以使用
- B. 甲认为丙如果继续使用该技术则需向徽南公司支付费用
- C. 丙认为自己可在原使用范围内继续使用该技术
- D. 丙认为甲和乙使用该项专利应取得自己的书面同意

答案：B。

解析：根据《公司法》的相关规定，股东以自己所有的财产出资后，其对财产的所有权转移给公司，股东本人只享有股权，本题中，丙以专利出资，专利权归公司所有，丙不可以再继续使用，即使继续使用，也应该支付费用，所以本题B是正确的。

## 重点法条

第二十条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。



## 【关联法条】

### 《公司法》

第二十一条 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

第二十二条 公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

第六十四条 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

## 法条精解

本条提到的是公司人格否认制度。

### 1. 公司人格否认

公司人格否认是一种个别否认，表现为对公司独立责任原则的补充和修正，它的效力范围限于特定法律关系中。通常公司的独立人格在某方面被否认，并不影响到承认公司在其他方面仍是一个独立自主的法人实体。适用公司人格否认原则的公司，实际上已是被人控制，失去自主性的，只具有公司形式的公司。由于其独立人格名存实亡又被利用侵害他人的合法权益，给社会造成危害，因此应当予以否认。

### 2. 公司人格否认制度的内容

结合公司法运作实践，目前我国滥用公司法人人格的行为主要有以下几种：

(1) 非法人以公司名义进行经营活动。自然人、合伙企业等非法人挂靠在公司，以公司名义进行经营。它们一方面以公司形式和公司名义取信于债权人进行欺诈交易；另一方面又享有国家赋予公司的税收、贷款等方面的优惠。当他们不能清偿债务时，却要挂靠公司承担责任。

(2) 注册资金不实，使公司法人人格自始不完整。此类现象极为普遍，诸如以少报多；由主管单位提供虚假的出资证明或资金担保或由审计事务所、会计事务所等验资机构出具虚假验资证明；或在公司设立时由他人借贷资金注册登记，在公司成立后便抽逃出资，使公司“空壳”运行。

(3) 虚设股东，以公司形式获取不法利益。即公司的实质股东仅有一人，其余股东仅为挂名股东，以符合法定的公司股东的最低人数，应使实质上的股东对公司债务承担连带责任。一般表现为成立实质上的“一人公司”，或虚构外商投资搞假合资、合作经营，或以亲友、家庭成员作为假股东，设立名为公司而实为独资的企业从事经营活动。

(4) 利用公司的设立、变更逃避债务。通常表现为新设公司脱掉亏损公司这个“壳”，而由另一个公司法人继续独立经营。

(5) 财产混同、业务混同造成人格混同。公司财产与股东财产的混同主要表现在，公司的营业场所与股东的居所混合使用，或者子公司与母公司的营业场所为同一场所。另外，股东没有严格区分公司财产与个人财产，公司财产被用于公司以外的事务或股东个人支出而未作适当记录，没有保持完整的公司财产记录等，都可视为财产混同。

(6) 母公司对子公司的无度操纵、干预。母子公司虽然在法律上是两个独立的法律主体，但在经济上却是母公司统一控制下的一个经营整体，所以母公司往往为了整个公司集团的利益而滥用其控制权、支配权，人为操纵、干预子公司内部的各种活动，致使子公司实际丧失独立地位，损害债权人的利益。

### 3. 法律后果

滥用股东权利的股东对公司债务承担连带责任，这里值得注意的是，责任人并非公司全体股东，而只限于滥用股东权利的股东，并往往表现为控股股东（其存在滥用股东权利的可能）。

## 真题示例

1. (2008-3-31) 甲公司出资 20 万元、乙公司出资 10 万元共同设立丙有限责任公司。丁公司系甲公司的子公司。在丙公司经营过程中，甲公司多次利用其股东地位通过公司决议让丙公司以高于市场同等水



平的价格从丁公司进货,致使丙公司产品因成本过高而严重滞销,造成公司亏损。下列哪一选项是正确的?

- A. 丁公司应当对丙公司承担赔偿责任
- B. 甲公司应当对乙公司承担赔偿责任
- C. 甲公司应当对丙公司承担赔偿责任
- D. 丁公司、甲公司共同对丙公司承担赔偿责任

**答案:** C。

**解析:**《公司法》第20条第2款规定,公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。本题中,甲公司作为丙公司的股东,滥用股东权利给丙公司造成损失,其应当对丙公司承担赔偿责任,答案C是正确的。

2. (2009-3-71) 关于有限责任公司和股份有限公司,下列哪些表述是正确的?

- A. 有限责任公司体现更多的人合性,股份有限公司体现更多的资合性
- B. 有限责任公司具有更多的强制性规范,股份有限公司通过公司章程享有更多的意思自治
- C. 有限责任公司和股份有限公司的注册资本都可以在公司成立后分期缴纳,但发起设立的股份有限公司除外
- D. 有限责任公司和股份有限公司的股东在例外情况下都有可能对公司债务承担连带责任

**答案:** AD。

**解析:**《公司法》第20条第3款规定,公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。该条规定对有限责任公司与股份有限公司都适用。

### 重点法条

**第五十九条** 一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。

一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

#### 【关联法条】

#### 《公司法》

**第五十八条** 一人有限责任公司的设立和组织机构,适用本节规定;本节没有规定的,适用本章第一节、第二节的规定。

本法所称一人有限责任公司,是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

**第六十条** 一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资,并在公司营业执照中载明。

**第六十二条** 一人有限责任公司不设股东会。股东作出本法第三十八条第一款所列决定时,应当采用书面形式,并由股东签名后置备于公司。

### 法条精解

一人公司属于有限公司的特殊类型,它并没有从根本上动摇公司的基本属性,因为公司的社团性除了含有社员因素外,还含有团体组织性,即不同于单个的个人的特性,而是一个组织体,就此特性而言,上述一人公司同样体现了公司的社团性。在我国,根据《公司法》第58条,一人公司仅指一人有限责任公司,不能设立一人股份有限公司。

#### 1. 章程与组织机构

(1) 一人有限责任公司章程由股东制定。

(2) 一人有限责任公司不设股东会。股东行使公司法所列一般有限责任公司股东会职权时,应当采用书面形式,并由股东签字后置备于公司。

#### 2. 对一人有限责任公司的风险防范措施

(1) 严格的资本确定原则。一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币10万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。

(2) 身份公示制度。一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资,并在公司营业执照中载明。

(3) “计划生育”制度。一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能





投资设立新的一人有限责任公司。但此举不适用法人及其设立的一人有限责任公司。

(4) 强制审计制度。一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

(5) 推定混同制度。在发生债务纠纷时，一人公司的股东有责任证明公司的财产与股东自己财产是相互独立的，如果股东不能证明公司的财产独立于股东个人的财产，股东即丧失只以其对公司的出资承担有限责任的权利，必须对公司的债务承担无限连带清偿责任。

### 真题示例

(2006-3-24) 王某依公司法设立了以其一人为股东的有限责任公司。公司存续期间，王某实施的下列哪一行为违反公司法的规定？

- A. 决定由其本人担任公司执行董事兼公司经理
- B. 决定公司不设立监事会，仅由其亲戚张某担任公司监事
- C. 决定用公司资本的一部分投资另一公司，但未作书面记载
- D. 未召开任何会议，自作主张制定公司经营计划

答案：C。

解析：根据《公司法》第16条、第62条。

### 重点法条

第六十六条 国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。

#### 【关联法条】

#### 《公司法》

第六十五条 国有独资公司的设立和组织机构，适用本节规定；本节没有规定的，适用本章第一节、第二节的规定。

本法所称国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

第六十七条 国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。前款所称重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定。

第六十八条 国有独资公司设董事会，依照本法第四十七条、第六十七条的规定行使职权。董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表。

董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

第六十九条 国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理依照本法第五十条规定行使职权。

经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。

第七十条 国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

第七十一条 国有独资公司监事会成员不得少于五人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。

监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。

监事会行使本法第五十四条第（一）项至第（三）项规定的职权和国务院规定的其他职权。

### 法条精解

本条考察的是国有独资公司。



国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。其内容有：

### 1. 章程

国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。

### 2. 特殊的组织机构

#### (1) 股东

国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增减注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

#### (2) 董事会、经理

国有独资公司设立董事会，依照国有资产监督管理机构的授权和公司法对一般有限责任公司董事会职权的规定行使职权。董事每届任期不得超过3年。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理依照公司法对一般有限责任公司经理职权的规定行使职权。经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。

国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

#### (3) 监事会

监事会是公司的监督机构，但同一般的有限责任公司的监事会不同，它不是设立于公司内部，而是设立于公司外部。国有独资公司监事会成员不得少于5人，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。

监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。监事会行使的职权为：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；国务院规定的其他职权。

## 重点法条

第十五条 公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第十六条 公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

## 法条精解

本条考察的是公司的权利能力。

公司的权利能力是指公司作为法律主体依法享有权利和承担义务的资格。

### 1. 公司权利能力的起始与终止

公司具有权利能力，与自然人不同，公司的权利能力起于成立即营业执照签发，终于终止即注销登记。

### 2. 公司权利能力的限制

(1) 性质上的限制：公司毕竟为法律拟制的人格，所以凡与自然人自身性质相关的权利义务，公司均不能享有，如专属于自然人的生命权、健康权、婚姻权、继承权、隐私权、名誉权等。



(2) 目的范围的限制：公司将其所从事经营活动的业务范围记载于公司章程，登记于公司营业执照，称为经营范围，也叫做目的范围。

公司的目的范围包括：①公司的经营范围必须由公司章程作出规定；②公司的经营范围必须依法登记；③公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目，应当依法经过批准；④公司必须在登记的经营范围从事经营活动；⑤公司可以修改公司章程，改变经营范围，但是应该办理变更登记；⑥公司不得超越经营范围进行活动，如果当事人超越经营范围订立合同（即“越权行为”），为了保护善意相对人的利益，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

(3) 投资能力和担保能力的限制：①投资能力。公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。公司向其他企业投资，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资的总额及单项投资的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。②担保能力。公司为他人提供担保，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对担保的总额及单项担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。被担保的股东或者受实际控制人支配的股东，不得参加对该担保事项进行的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

### 真题示例

(2008-3-30) 公司在经营活动中可以以自己的财产为他人提供担保。关于担保的表述中，下列哪一选项是正确的？

- A. 公司经理可以决定为本公司的客户提供担保
- B. 公司董事长可以决定为本公司的客户提供担保
- C. 公司董事会可以决定为本公司的股东提供担保
- D. 公司股东会可以决定为本公司的股东提供担保

答案：D。

解析：根据《公司法》第16条第2款，D项正确。

### 重点法条

第一百九十六条 外国公司在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格。

外国公司对其分支机构在中国境内进行经营活动承担民事责任。

#### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百九十二条 本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。

第一百九十五条 外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。

外国公司的分支机构应当在本机构中置备该外国公司章程。

第一百九十八条 外国公司撤销其在中国境内的分支机构时，必须依法清偿债务，依照本法有关公司清算程序的规定进行清算。未清偿债务之前，不得将其分支机构的财产移至中国境外。

### 法条精解

公司以公司的国籍为标准可以分为本国公司、外国公司和跨国公司。

这种分类标准的依据是公司在哪一国登记注册并取得主体资格、受该国法律管辖。依照我国公司法的规定，允许外国公司在中国境内设立分支机构，从事生产经营活动，但外国公司属于外国法人。对该种分支机构公司法有如下规定：

1. 外国公司（依照外国法律在我国境外设立的公司）在中国境内设立分支机构，必须向中国主管机关提出申请，并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件，经批准后，向公司登记机关依法办理登记，领取营业执照。

2. 外国公司在中国境内设立分支机构，必须在中国境内指定负责该分支机构的代表人或者代理人，并向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金。

3. 外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。外国公司的分支机构应当



在本机构中置备该外国公司章程。

4. 外国公司在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格。外国公司对其分支机构在中国境内进行经营活动承担民事责任。

5. 外国公司撤销其在中国境内的分支机构时，必须依法清偿债务，依照本法有关公司清算程序的规定进行清算。未清偿债务之前，不得将其分支机构的财产移至中国境外。

## 重点法条

第八条 依照本法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。

依照本法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。

## 法条精解

本条考察的是公司设立的内容。

### 1. 公司设立的概念

公司设立是指公司设立人依照法定的条件和程序，为组建公司并取得法人资格而必须采取和完成的法律行为。公司设立与公司成立主要有以下两点区别：

(1) 公司设立是一种法律行为，公司成立则是设立人取得公司法人资格的一种事实状态或公司设立行为的法律后果。

(2) 公司设立阶段，公司尚不具有法人资格，不能以公司法人名义进行法律行为，设立阶段产生的债权债务由设立人承担；公司成立后则取得法人主体资格，能够以自己的名义进行法律行为，产生的债权债务由公司承担。

### 2. 公司设立的立法原则

公司设立有四种不同的原则，即自由设立原则、特许设立原则、核准设立原则和准则设立原则。在公司法学中，这四个原则被分别概括为自由设立主义、特许设立主义、核准主义和准则主义。公司设立原则的不同，决定了公司这种市场主体设立的基本程序的不同，实际上也就形成了不同的市场主体准入制度。

(1) 自由设立主义指政府对公司的设立不施加任何干预，公司设立完全依设立者的主观意愿进行。

(2) 特许设立主义是指公司须经特别立法或基于国家元首的命令方可设立。

(3) 核准主义指公司的设立需首先经过政府行政机关的审批许可，然后再经政府登记机关登记注册方可设立。

(4) 准则主义是指法律规定公司设立要件，公司只要符合这些要件，经登记机关依法登记即可成立，而无须政府行政机关的事先审批或核准。近些年对该原则也进行了完善，实行所谓的严格准则主义，如进一步严格规定公司的设立要件，加重公司发起人的设立责任，增强公示要求等。我国公司法对设立有限责任公司和股份有限公司基本上采严格准则主义。

## 重点法条

第二十三条 设立有限责任公司，应当具备下列条件：

- (一) 股东符合法定人数；
- (二) 股东出资达到法定资本最低限额；
- (三) 股东共同制定公司章程；
- (四) 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；
- (五) 有公司住所。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第二十四条 有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

第七十七条 设立股份有限公司，应当具备下列条件：

- (一) 发起人符合法定人数；
- (二) 发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额；
- (三) 股份发行、筹办事项符合法律规定；
- (四) 发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过；





(五) 有公司名称, 建立符合股份有限公司要求的组织机构;

(六) 有公司住所。

第十条 公司以其主要办事机构所在地为住所。

第七十九条 设立股份有限公司, 应当有二人以上二百人以下发起人, 其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

## 法条精解

本条考察公司设立的条件。

公司设立的条件通常认为应当由三个要素构成, 即人的要素、物的要素和行为要素。所谓人的要素主要是针对股东和发起人的人数和资格; 所谓物的要素主要针对公司的资本; 所谓行为要素主要针对发起人协议、制定公司章程以及建立组织机构等。根据我国公司法的规定, 设立公司应当具备以下基本条件。

1. 股东或发起人符合法定人数。

有限责任公司由 50 个以下股东出资设立。设立股份有限公司, 应当有 2 人以上 200 人以下发起人, 其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

2. 股东出资或者发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额。

3. 依法制定公司章程。

有限责任公司的章程由股东共同制定。

股份有限公司如果采用发起设立, 就由发起人制订公司章程; 如果采用募集方式设立的, 则在发起人制订公司章程后经创立大会通过。

4. 有公司名称, 建立符合公司要求的组织机构。

一个公司只能有一个名称。在同一公司登记机关的辖区内, 同一行业的公司不允许有相同或类似的名称。有限责任公司, 必须在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。股份有限公司, 必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。

公司的名称一般依次由以下四个部分组成: 行政区划—商号(字号)—行业—组织形式。除国务院决定设立的企业外, 企业名称不得冠以“中国”、“中华”、“全国”、“国家”、“国际”等字样。无论企业名称冠以或中间使用“中国”、“中华”、“全国”、“国家”、“国际”等字样, 都必须由国家工商行政管理局负责核准。企业名称应当使用符合国家规范的汉字, 不得使用外国文字、汉语拼音字母、阿拉伯数字。

任何公司都必须建立组织机构。根据公司法规定, 有限责任公司应当设立股东会、董事会和监事会, 但在公司规模较小、股东人数较少的情况下, 也可以不设立董事会或者监事会, 而只需要设立一名执行董事或者 1 至 2 名监事。一人公司和国有独资公司不设股东会。股份有限公司必须设立股东会、董事会和监事会。

5. 有公司住所。公司以其主要办事机构所在地为住所。

## 重点法条

第七十八条 股份有限公司的设立, 可以采取发起设立或者募集设立的方式。

发起设立, 是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。

募集设立, 是指由发起人认购公司应发行股份的一部分, 其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

## 法条精解

本条考察公司的设立方式。

公司设立的方式基本为以下两种:

1. 发起设立, 是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。

2. 募集设立, 是指由发起人认购公司应发行股份的一部分, 其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

在我国, 有限责任公司只能采取发起设立方式, 股份有限公司的设立, 既可以采取发起设立的方式也可以采取募集设立的方式。



## 真题示例

(2006-3-71) 甲、乙二公司拟募集设立一股份有限公司。他们在获准向社会募股后实施的下列哪些行为是违法的?

- A. 其认股书上记载: 认股人一旦认购股份就不得撤回
- B. 与某银行签订承销股份和代收股款协议, 由该银行代售股份和代收股款
- C. 在招股说明书上告知: 公司章程由认股人在创立大会上共同制订
- D. 在招股说明书上告知: 股款募足后将在 60 日内召开创立大会

答案: ABCD。

解析: 《公司法》第 87 条、第 88 条、第 90 条。

## 重点法条

第八十五条 以募集设立方式设立股份有限公司的, 发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五; 但是, 法律、行政法规另有规定的, 从其规定。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第九十四条 股份有限公司成立后, 发起人未按照公司章程的规定缴足出资的, 应当补缴; 其他发起人承担连带责任。

股份有限公司成立后, 发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的, 应当由交付该出资的发起人补足其差额; 其他发起人承担连带责任。

第九十五条 股份有限公司的发起人应当承担下列责任:

- (一) 公司不能成立时, 对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;
- (二) 公司不能成立时, 对认股人已缴纳的股款, 负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任;
- (三) 在公司设立过程中, 由于发起人的过失致使公司利益受到损害的, 应当对公司承担赔偿责任。

## 法条精解

本条考察股份有限公司发起人的义务与责任。

### 1. 发起人的出资义务与责任

(1) 以发起设立方式设立股份有限公司的, 发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份; 一次缴纳的, 应即缴纳全部出资; 分期缴纳的, 应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的, 应当依法办理其财产权的转移手续。发起人不按照上述规定缴纳出资的, 应当按照发起人协议的约定承担违约责任。

(2) 以募集设立方式设立股份有限公司的, 发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%; 但是, 法律、行政法规另有规定的, 从其规定。

(3) 股份有限公司成立后, 发起人未按照公司章程的规定缴足出资的, 应当补缴; 其他发起人承担连带责任。股份有限公司成立后, 发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的, 应当由交付该出资的发起人补足其差额, 其他发起人承担连带责任。

### 2. 发起人在设立公司中的义务和责任

- (1) 公司不能成立时, 对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;
- (2) 公司不能成立时, 对认股人已缴纳的股款, 负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任;
- (3) 在公司设立过程中, 由于发起人的过失致使公司利益受到损害的, 应当对公司承担赔偿责任。

## 真题示例

(2008-3-29) 甲股份公司成立后, 董事会对公司设立期间发生的各种费用如何承担发生了分歧。下列哪一项费用应当由发起人承担?

- A. 发起人蒋某因公司设立事务而发生的宴请费用
- B. 发起人李某就自己出资部分所产生的验资费用
- C. 发起人钟某为论证公司要开发的项目而产生的调研费用
- D. 发起人缪某值班时乱扔烟头将公司筹备组租用的房屋烧毁, 筹备组为此向房主支付的 5 万元赔偿金



答案：D。

解析：凡是为公司成立事宜而发生的费用，都是由成立后的公司承担责任。本题中，宴请费用、验资费用或者调研费用，都是为了公司的设立而承担的，应该由成立后的公司承担，而对于缪某扔烟头的行为，因为他个人的行为造成的损失，跟公司无关，应该由其个人承担。本题正确答案是D。

## 重点法条

第十一条 设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第二十五条 有限责任公司章程应当载明下列事项：

- (一) 公司名称和住所；
- (二) 公司经营范围；
- (三) 公司注册资本；
- (四) 股东的姓名或者名称；
- (五) 股东的出资方式、出资额和出资时间；
- (六) 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；
- (七) 公司法定代表人；
- (八) 股东会会议认为需要规定的其他事项。

股东应当在公司章程上签名、盖章。

第八十二条 股份有限公司章程应当载明下列事项：

- (一) 公司名称和住所；
- (二) 公司经营范围；
- (三) 公司设立方式；
- (四) 公司股份总数、每股金额和注册资本；
- (五) 发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间；
- (六) 董事会的组成、职权和议事规则；
- (七) 公司法定代表人；
- (八) 监事会的组成、职权和议事规则；
- (九) 公司利润分配办法；
- (十) 公司的解散事由与清算办法；
- (十一) 公司的通知和公告办法；
- (十二) 股东大会会议认为需要规定的其他事项。

## 法条精解

本条考察的是公司章程的内容。

### 1. 公司章程的概念与特点

设立公司必须依法制定公司章程。章程是公司必备的，规定其名称、宗旨、资本、组织机构等对内对外事务的基本法律文件。

章程具有法定性、真实性、自治性和公开性。章程的自治性指章程由公司依法自行制定，由公司自己来执行。章程的公开性指对一般社会公众公开，这主要对股份有限公司而言。

### 2. 公司章程的订立

公司章程的订立通常有两种方式：一是共同订立，是指由全体股东或发起人共同起草、协商制订公司章程，否则，公司章程不得生效；二是部分订立，是指由股东或发起人中的部分成员负责起草、制订公司章程，而后再经其他股东或发起人签字同意的制订方式。公司章程必须采取书面形式，经全体股东或发起人同意并在章程上签名盖章，才能生效。

### 3. 公司章程的效力

公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。公司章程作为公司内部规章，效力



仅及于公司和相关当事人，而不具有普遍的约束力。

违反公司章程的后果散见于《公司法》各处，此处作一总结：

#### (1) 公司违反公司章程的民事责任

股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起60日内，请求人民法院撤销。

#### (2) 董事、监事和高级管理人员违反公司章程的民事责任

董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

#### (3) 股东违反公司章程的民事责任

股东违反公司章程所规定的义务，公司有权要求其履行，因此给公司造成损失的，应当对公司承担赔偿责任。

### 4. 公司章程的变更

公司章程的变更是指已经生效的公司章程的修改，变更程序如下：首先，由董事会提出修改公司章程的提议；其次，将该提议通知其他股东；再次，由股东会（股东大会）表决通过。我国公司法规定，有限责任公司股东会会议作出修改公司章程的决议必须经代表2/3以上表决权的股东通过；股份有限公司股东大会作出修改公司章程的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。章程变更后，董事会应向工商行政管理机关申请变更登记。公司章程的订立或变更并非以工商登记为生效要件，而为对抗要件。

### 真题示例

(2005-3-25) 甲公司章程规定：董事长未经股东会授权，不得处置公司资产，也不得以公司名义签订非经营性合同。一日，董事长任某见王某开一辆新款宝马车，遂决定以自己乘坐的公司旧奔驰车与王调换，并办理了车辆过户手续。对任某的换车行为，下列哪一种说法是正确的？

- A. 违反公司章程处置公司资产，其行为无效
- B. 违反公司章程从事非经营性交易，其行为无效
- C. 并未违反公司章程，其行为有效
- D. 无论是否违反公司章程，只要王某无恶意，该行为就有效

答案：D。

解析：公司章程可以规定董事长的职权限制，但此限制不得对抗善意第三人，这是为了保护交易秩序而必须遵循的一般原则。合伙企业中对合伙人职权的限制也要遵循此原则。

### 重点法条

第二十六条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。

有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

#### 【关联法条】

#### 《公司法》

第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。

第八十一条 股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。

股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。





股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

第九十二条 发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。

## 法条精解

本条考察的是公司资本的内容。

### 1. 公司资本的含义与形态

公司资本也称为股本，它是指由公司章程确定并载明的、全体股东的出资总额。

公司资本的具体形态包括：

(1) 注册资本。注册资本是指公司在设立时筹集的、由章程载明的、经公司登记机关登记注册的资本。有限责任公司的注册资本为在公司登记机关依法登记的全体股东认缴的出资额。股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的全体发起人认购的股本总额；股份有限公司采取募集设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的实收股本总额。

(2) 认缴资本（发行资本）。是指公司实际上已向股东发行的股本总额。

(3) 认购资本。是指出资人同意缴付的出资总额。

(4) 实缴资本（实收资本）。是指公司成立时公司实际收到的股东的出资总额。

### 2. 公司资本三原则

有限责任公司和股份有限公司作为资合公司，其信用基础在于资本的真实和稳定，这样才能保障交易安全，维护债权人的利益。我国公司法对上述两类公司资本的有关规定均反映了传统公司法上“资本三原则”的要求：

(1) 资本确定原则。又称法定资本制，是指公司设立时应在章程中载明的公司资本总额，并由发起人认足或缴足，否则公司不能成立。我国现行《公司法》引入了分期缴纳出资制度，但仍属于法定资本制。

(2) 资本维持原则。是指公司在其存续过程中，应当经常保持与其资本额相当的财产。这是资本确定原则的延伸。该原则具体体现在下列制度上：

① 有限责任公司的股东在公司登记成立后不得抽逃出资；股份有限公司的发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。

② 股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

③ 公司不得收购本公司的股票，但是，有以下四种情形之一的除外：减少公司注册资本；与持有本公司股份的其他公司合并；将股份奖励给本公司职工；股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。公司因上述前三种情况的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议。公司依照上述规定收购本公司股份后，属于第一种情形的，应当自收购之日起10日内注销；属于第二种、第四种情形的，应当在6个月内转让或者注销。公司依照上述第三种规定收购的本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的5%；用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出；所收购的股份应当在1年内转让给职工。

为防止造成公司回购本公司股票的后果，公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

(3) 资本不变原则。是指公司资本总额一旦确定，非经法定程序，不得任意变动。

公司法对公司增加注册资本实行股东自治，而对公司减少注册资本则实行严格的限制。

### 3. 股东的出资

#### (1) 最低注册资本限额

有限责任公司注册资本的最低限额为人民币3万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

股份有限公司注册资本的最低限额为人民币500万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

#### (2) 出资缴纳

##### ① 缴纳期限

有限责任公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的20%，也不得低于法定的注册资本最低限额，



其余部分由股东自公司成立之日起2年内缴足；其中，投资公司可以在5年内缴足。

股份有限公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的20%，其余部分由发起人自公司成立之日起2年内缴足；其中，投资公司可以在5年内缴足。在缴足前，不得向他人募集股份。

### ② 缴纳方式

股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

### ③ 验资证明

股东缴纳出资后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。

### (3) 出资方式

股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。全体股东的货币出资金额不得低于公司注册资本的30%。

## 4. 股东出资瑕疵责任

### (1) 有限责任公司股东不按规定缴纳出资的责任

有限责任公司股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

股东不按照上述规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

### (2) 股份有限公司发起人的违约责任

以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份；一次缴纳的，应即缴纳全部出资；分期缴纳的，应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

发起人不依照上述规定缴纳出资的，应当按照发起人协议承担违约责任。

### (3) 股份有限公司发起人未按规定缴纳出资的责任

股份有限公司成立后，发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，应当补缴；其他发起人承担连带责任。

### (4) 非货币出资的差额填补责任

① 有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任。

② 股份有限公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的发起人补足其差额；其他发起人承担连带责任。

### (5) 资产评估、验资或者验证机构的责任

承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

## 真题示例

(2006-3-68) 甲、乙二公司与刘某、谢某欲共同设立一注册资本为200万元的有限责任公司，他们在拟订公司章程时约定各自以如下方式出资。下列哪些出资是不合法的？

- A. 甲公司以其企业商誉评估作价80万元出资
- B. 乙公司以其获得的某知名品牌特许经营权评估作价60万元出资
- C. 刘某以保险金额为20万元的保险单出资
- D. 谢某以其设定了抵押担保的房屋评估作价40万元出资

答案：ABCD。

解析：《公司登记管理条例》第14条第2款规定，股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。所以A、B、D三项的说法是不合法的。C项中保险单的保险金额并不是实际所有的财产，也不能作为出资。所以本题的正确选项是ABCD。



第一百二十八条 股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百二十六条 股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。

公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

第一百二十九条 股票采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。

股票应当载明下列主要事项：

- (一) 公司名称；
- (二) 公司成立日期；
- (三) 股票种类、票面金额及代表的股份数；
- (四) 股票的编号。

股票由法定代表人签名，公司盖章。

发起人的股票，应当标明发起人股票字样。

第一百三十条 公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

### 法条精解

本条考察的是公司股份的内容。

#### 1. 公司股份的含义

股份是股份有限公司特有的概念，它是股份有限公司资本最基本的构成单位。公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

#### 2. 股票的分类

股票的分类即为股份的分类，因为股票是股份的表现形式。股份有限公司的股票依据不同的标准，可以划分为不同的种类：

(1) 普通股与优先股。股东权利平等而无差别待遇的股份为普通股，普通股毫无例外地含有股东对公司事项的表决权。权利与普通股股东有所差别的股份，是特别股，特别股通常具有盈余分配优先、剩余资产分派优先等“特权”，因此也称为优先股，但是其股东对公司事务的表决权受到限制，因此也是无表决权股。

(2) 表决权股与无表决权股。持有表决权股的股东享有表决权，持有无表决权股的股东不享有表决权（如优先股股东）。

(3) 记名股与无记名股。记名股是将股东姓名或名称记载于股票之上的股份。无记名股是不将股东姓名或名称记载于股票之上的股份。公司向发起人、法人发行的股票应当为记名股票。对社会公众发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

(4) 额面股与无额面股。额面股是指股票票面标明一定金额的股份。无额面股是指股票不标明金额，只标明每股占公司资本的比例，我国禁止发行无额面股。

(5) 国家股、法人股、个人股、外资股。这是根据投资主体进行的划分。

### 真题示例

(2002-3-60) 依照公司法的规定，股份有限公司可以发行下列哪些类型的股票？

- A. 普通股和优先股
- B. 记名股和无记名股
- C. 额面股和无额面股
- D. 表决权股和无表决权股

答案：ABD。

解析：《公司法》第128条、第129条第2款第3项、第132条。

第一百五十七条 公司债券，可以为记名债券，也可以为无记名债券。



## 【关联法条】

### 《公司法》

第一百五十四条 本法所称公司债券，是指公司依照法定程序发行、约定在一定期限还本付息的有价证券。

公司发行公司债券应当符合《中华人民共和国证券法》规定的发行条件。

## 法条精解

本条主要考察公司债券的概念和种类。

公司债券是指公司依照法定条件和程序发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券。

公司债券的主要种类包括：

1. 记名债券与无记名债券。这是以是否在公司债券上记载公司债券持有人的姓名或者名称为标准划分的。
2. 转换公司债券与非转换公司债券。这是以公司债券能否转换成股票为标准划分的。
3. 有担保公司债券和无担保公司债券。这是以公司发行债券时是否提供偿还本息的担保为标准划分的。

## 重点法条

第一百六十一条 记名公司债券，由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿。

无记名公司债券的转让，由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。

## 【关联法条】

### 《公司法》

第一百六十二条 上市公司经股东大会决议可以发行可转换为股票的公司债券，并在公司债券募集办法中规定具体的转换办法。上市公司发行可转换为股票的公司债券，应当报国务院证券监督管理机构核准。

发行可转换为股票的公司债券，应当在债券上标明可转换公司债券字样，并在公司债券存根簿上载明可转换公司债券的数额。

第一百六十三条 发行可转换为股票的公司债券的，公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票，但债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。

## 法条精解

本条考察的是公司债券的转让。

公司债券可以转让，转让价格由转让人与受让人约定。公司债券在证券交易所上市交易的，按照证券交易所的交易规则转让。

记名公司债券，由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿。

无记名公司债券的转让，由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。

## 重点法条

第一百六十六条 有限责任公司应当依照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。

股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的二十日前置备于本公司，供股东查阅；公开发行股票的股份有限公司必须公告其财务会计报告。

## 【关联法条】

### 《公司法》

第一百六十五条 公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。

财务会计报告应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定制作。

## 法条精解

本条主要考察公司的财务会计报告。

所谓财务制度，是指公司资金管理、成本费用的计算、营业收入的分配、货币的管理、公司的财务报





告、公司的清算及公司纳税等方面的规程。所谓会计制度，是指会计记账、会计核算等方面的规程。公司的财务制度是通过会计制度来实现的。公司应当在每一会计年度终了时制作完成财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。

### 1. 财务会计报告的内容

(1) 资产负债表。资产负债表反映的是某一时点的公司财产总体构成状况，资产负债表的平衡公式是：资产总额 = 负债总额 + 所有者权益（净资产）总额。

(2) 财务状况变动表。财务状况变动表综合反映公司一定会计期间内营运资金来源，运用及其增减变动情况的报表。

(3) 损益表。损益表又称利润表，反映公司一定期间的经营成果及其分配情况的报表。它向人们提供一定期间内的动态的公司营业盈亏的实际情况。

(4) 利润分配表。利润分配表反映公司利润分配和年末未分配利润情况的报表。它是损益表的附属明细表。

(5) 财务情况说明书。财务情况说明书是对财务会计报表所反映的公司财务情况做进一步说明和补充的文书。

### 2. 公司财务会计报告的提供

有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日以前置备于本公司，供股东查阅。以募集方式设立的股份有限公司必须公告其财务会计报告。

## 重点法条

第一百六十七条 公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。

公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。

公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十五条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。

公司持有的本公司股份不得分配利润。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百六十八条 股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。

第一百六十九条 公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。

法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的百分之二十五。

## 法条精解

本条主要考察的是公司的公积金制度和收益分配制度。

公积金是指企业根据法律和企业章程的规定提留备用，不作为股利分配的部分所得或收益。

根据公积金的不同来源，可以将其分为盈余公积金和资本公积金。盈余公积金是指企业依法或依企业章程从企业的利润中提取的公积金。资本公积金是指直接由资本、资产或其受益所形成的公积金。根据公积金的提留是否为法律上的强制性规定，可以将其分为法定公积金和任意公积金。法定公积金是指根据法律的强制性规定而提取的公积金，企业章程和股东会对其提留条件和方式不得予以变更。

法律对企业的积累进行规范，甚至做强制性规定，目的在于防止出资者或股东追求利润分配最大化而可能影响企业的发展，同时也损害出资者或股东的共同利益和长远利益，并可能损害债权人的利益。



### 1. 公积金的提取

公司分配当年税后利润时，应当提取利润的10%列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上的，可以不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照上述规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。

### 2. 资本公积金的构成

股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。

### 3. 公积金的用途

公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的25%。

### 4. 公司收益分配顺序

公司当年税后利润分配的法定顺序是：①弥补亏损，即在公司已有的法定公积金不足以弥补上一年度亏损时，先用当年利润弥补亏损。②提取法定公积金，即应当提取税后利润的10%列入公司法定公积金；公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上的，可以不再提取。③提取任意公积金，即经股东会或者股东大会决议，公司可以从税后利润中提取任意公积金。④支付股利，即将所余利润分配给股东。

### 5. 股东利润的分配

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，公司依法向股东进行分配。有限责任公司股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

股东会、股东大会或者董事会违反上述规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。

公司持有的本公司股份不得分配利润。

## 真题示例

(2000-3-42) 依照《公司法》的规定，公司提取的法定公积金可以用于下列哪些项目？

- A. 扩大公司生产经营
- B. 弥补公司亏损
- C. 转增公司资本
- D. 改善职工福利

答案：ABC。

解析：《公司法》第169条第1款规定：公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。所以选择ABC。

## 重点法条

第四条 公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第三十三条 有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

- (一) 股东的姓名或者名称及住所；
- (二) 股东的出资额；
- (三) 出资证明书编号。

记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。

公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

第三十四条 股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目



的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法利益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

第三十五条 股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

第七十六条 自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外。

## 法条精解

本条主要考察的是股东的权利。

### 1. 股东的概念

股东是指向公司出资、持有公司股份、享有股东权利和承担股东义务的人。

股东可以是自然人,可以是法人,可以是非法人组织,还可以是国家,当国家作为股东时需明确代表国家行使股东权的具体组织,例如国有资产监督管理机构。

法律对股东并无行为能力的要求,所以理论上股东可以是限制行为能力人或无行为能力人。当限制行为能力人或无行为能力人作为股东时,由其法定代理人代理其行使股东权利。

自然人股东死亡后,其股东资格可由合法继承人继承,但是,公司章程另有规定的除外。

### 2. 股东的资格

#### (1) 股东资格的取得

① 原始取得:股东在公司设立时或者在公司增资、发行新股时出资即取得股权,其出资的资金来源不影响股权的取得。

② 继受取得:因为受让、受赠、继承、合并、税收等原因可以取得股权。

③ 善意取得:在股份有限公司的股权受让过程中,依据公司法所规定的转让方法,善意地从无权利人处取得股票,从而享有股东权利。

#### (2) 股东资格的证明

有限责任公司成立后,应当向股东签发出资证明书。有限责任公司还应当置备股东名册,所谓股东名册,是指有限责任公司依照法律规定登记对本公司进行投资的股东及其出资情况的簿册。记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。

股份有限公司的股东依股东名册的记载行使股东权利。

### 3. 股东权

股东权是股东通过出资所形成的权利。股东权是一种社员权,股东出资创办作为社团法人的公司,成为该法人成员,因而取得社员权。社员权是一种独立类型的权利,包括财产权和管理参与权。

股东权包括:①发给股票或其他股权证明请求权;②股份转让权;③股息红利分配请求权,即资产收益权;④股东会临时召集请求权或自行召集权;⑤出席股东会并行使表决权,即参与重大决策权和选择管理者的权利;⑥对公司财务的监督检查权和会计账簿的查阅权;⑦公司章程和股东会、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议的查阅权和复制权;⑧优先认购新股权;⑨公司剩余财产分配权;⑩权利损害救济权和股东代表诉讼权;⑪公司重整申请权;⑫对公司经营的建议与质询权。其中,①、②、③、⑧、⑨为股东权中的财产权,④、⑤、⑥、⑦、⑩、⑪、⑫为股东权中的管理参与权。

股东权可依不同标准进行分类:

(1) 依权利主体之不同为标准,可分为普通股股东权和特别股股东权,前者是指一般股东享有的权利,后者则是专属特别股股东所享有的权利。我国公司法对此未作规定。

(2) 依权利之性质为标准,可分为固有权和非固有权,前者指根据公司法规定不得以章程或股东会议予以剥夺的权利,如特别权与共益权,后者指可依公司章程或股东会议加以剥夺的权利,自益权多属此类权利。

(3) 依权利行使的目的为标准,可分为自益权与共益权,自益权是指股东专为自己利益行使的权利,如发给股票或其他股权证明请求权、股份转让权、股息红利分配请求权、公司剩余财产分配权等。共益权是指股东为自己利益同时也为公司利益而行使的权利,如出席股东会并行使表决权、请求法院宣告股东会决议无效权、股东会临时召集请求权或自行召集权等。



(4) 依权利之行使方式,可分为单独股东权和少数股东权,前者指股东一人可单独行使的权利,如表决权、股息红利分配请求权、股份转让权等,后者指达不到一定股份数额便不能行使的权利,如股东会临时召集请求权、公司重整申请权等。

#### 4. 股东知情权

股东知情权是指公司股东了解公司信息和对公司进行监督检查(建议和质询)的权利。由于股东知情权主要是以查阅公司文件和账簿的方式进行的,所以,股东知情权也就主要表现为股东的查阅权。

##### (1) 有限责任公司股东的知情权

股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的,应当向公司提出书面请求,说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法利益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起15日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

##### (2) 股份有限公司股东知情权

股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,对公司的经营提出建议或者质询。

#### 5. 股东的义务

(1) 全体股东的共同义务,包括:出资义务;参加股东会会议的义务;不干涉公司正常经营的义务;特定情形下的表决权禁行义务;不得滥用股东权利的义务。

(2) 控股股东的特别义务,包括:不得滥用控股股东的地位,损害公司和其他股东的利益;不得利用其关联关系损害公司利益;滥用股东权利的赔偿义务。控股股东违反上述义务给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。

### 真题示例

1. (2008-3-74) 周某向钱某转让其持有的某有限责任公司的全部股权,并签署了股权转让协议。关于该股权转让和股东的认定问题,下列哪些选项是正确的?

- A. 在公司登记机关办理股权变更登记前股东仍然是周某
- B. 在出资证明书移交给钱某后,钱某即成为公司股东
- C. 在公司变更股东名册后,钱某即成为公司股东
- D. 在公司登记机关办理股权登记后该股权转让取得对抗效力

答案: CD。

解析:《公司法》第33条。

2. (2009-3-25) 关于股东的表述,下列哪一选项是正确的?

- A. 股东应当具有完全民事行为能力
- B. 股东资格可以作为遗产继承
- C. 非法人组织不能成为公司的股东
- D. 外国自然人不能成为我国公司的股东

答案: B。

解析:法律对股东并无行为能力的要求,所以理论上股东可以是限制行为能力人或无行为能力人。当限制行为能力人或无行为能力人作为股东时,由其法定代理人代理其行使股东权利。因此,A项错误。股东可以是自然人,可以是法人,可以是非法人组织,还可以是国家,当国家作为股东时需明确代表国家行使股东权的具体组织,例如国有资产监督管理机构。因此,法律没有对股东的形式和国籍进行限制,所以CD项错误;《公司法》第76条规定,自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外。因此,B项正确。

### 重点法条

第七十二条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的,视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。

经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权





的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第七十三条 人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

第七十四条 依照本法第七十二条、第七十三条转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

第七十五条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；

（二）公司合并、分立、转让主要财产的；

（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

### 法条精解

本条主要考察的是股权的转让的相关规则。

股权转让是指股东将其对公司所有之股权转移给各受让人，由受让人继受取得股权而成为公司新股东的法律行为。

#### 1. 股权转让的一般规则和手续

##### （1）股东之间转让

有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

##### （2）向股东以外的人转让

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

##### （3）人民法院依法强制转让

人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满20日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

##### （4）转让股权后应当履行的手续

依照上述三种规则转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

#### 2. 异议股东的股份回购请求权

对股东会该项决议投反对票的股东，可以依据《公司法》第75条的规定，请求公司按照合理的价格收购其股权。

### 真题示例

1.（2007-3-30）甲乙丙是某有限公司的股东，各占52%、22%和26%的股份。乙欲对外转让其所拥有的股份，丙表示同意，甲表示反对，但又不愿意购买该股份。乙便与丁签订了一份股份转让协议，约定



丁一次性将股权转让款支付给乙。此时甲表示愿以同等价格购买，只是要求分期付款。对此各方发生了争议。下列哪一选项是错误的？

- A. 甲最初表示不愿意购买即应视为同意转让
- B. 甲后来表示愿意购买，则乙只能将股份转让给甲，因为甲享有优先购买权
- C. 乙与丁之间的股份转让协议有效
- D. 如果甲、丙都行使优先购买权，就购买比例而言，如双方协商不成，则双方应按照 2:1 的比例行使优先购买权

答案：B。

解析：根据《公司法》第 72 条规定，在本题中，甲（代表半数以上的股权）起初表示不同意转让，则应该购买乙预备转让的股权，但是甲本身又不愿意购买，所以视为甲同意转让，甲和丁之间的股份转让协议有效，A、C 的说法是正确的。后来，甲表示愿意购买，却主张分期付款，跟丙的一次性付款的条件相比，后者更优越，因此不符合“同等条件下优先购买”的规定，所以甲不享有优先购买权，B 的说法是错误的。如果甲、丙都行使优先购买权，则应该协商确定购买的比例，协商不成的，按照出资比例 2:1 进行购买，D 的说法是正确的。

2. (2009-3-26) 甲、乙、丙为某有限责任公司股东。现甲欲对外转让其股份，下列哪一判断是正确的？

- A. 甲必须就此事书面通知乙、丙并征求其意见
- B. 在任何情况下，乙、丙均享有优先购买权
- C. 在符合对外转让条件的情况下，受让人应当将股权转让款支付给公司
- D. 未经工商变更登记，受让人不能取得公司股东资格

答案：A。

解析：《公司法》第 72 条、第 74 条。

## 重点法条

第一百四十二条 发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。

公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百三十条 公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

第一百三十八条 股东持有的股份可以依法转让。

第一百三十九条 股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

第一百四十条 记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。

股东大会召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内，不得进行前款规定的股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。

第一百四十一条 无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

## 法条精解

本条主要考察的是股权转让场所、方式及其限制。

根据《公司法》的规定，股份有限公司股东持有的股份可以依法自由转让，具体体现在：



### 1. 转让场所

股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

### 2. 转让方式

(1) 记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。

股东大会召开前20日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行上述规定的股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。

(2) 无记名股票，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

### 3. 对特殊主体转让股份的限制

(1) 发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起1年内不得转让。

(2) 公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起1年内不得转让。

(3) 公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起1年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

## 真题示例

(2006-3-26) 甲上市公司在成立6个月时召开股东大会，该次股东大会通过的下列决议中哪项符合法律规定？

- A. 公司董事、监事、高级管理人员持有的本公司股份可以随时转让
- B. 公司发起人持有的本公司股份自即日起可以对外转让
- C. 公司收回本公司已发行股份的4%用于未来1年内奖励本公司职工
- D. 决定与乙公司联合开发房地产，并要求乙公司以其持有的甲公司股份作为履行合同的质押担保

答案：C。

解析：根据《公司法》第142条、第143条。

## 重点法条

第三十八条（有限责任公司）股东会行使下列职权：

- (一) 决定公司的经营方针和投资计划；
- (二) 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；
- (三) 审议批准董事会的报告；
- (四) 审议批准监事会或者监事的报告；
- (五) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (六) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (七) 对公司增加或者减少注册资本作出决议；
- (八) 对发行公司债券作出决议；
- (九) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；
- (十) 修改公司章程；
- (十一) 公司章程规定的其他职权。

对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第三十七条 有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权。

第九十九条 股份有限公司股东大会由全体股东组成。股东大会是公司的权力机构，依照本法行使职权。

第一百条 本法第三十八条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东大会。



第一百零一条 股东大会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的，应当在两个月内召开临时股东大会：

- (一) 董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时；
- (二) 公司未弥补的亏损达实收股本总额三分之一时；
- (三) 单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时；
- (四) 董事会认为必要时；
- (五) 监事会提议召开时；
- (六) 公司章程规定的其他情形。

## 法条精解

本条主要考察的是公司股东会（股东大会）的有关内容。

### 1. 有限责任公司股东会

#### (1) 组成和职权

股东会由公司全体股东组成，是公司的最高权力机关，对公司的重大事项作出决议。具体的职权范围见《公司法》第38条。股东会作出决议原则上采取召集会议的方式，但股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

#### (2) 股东会会议的召开

股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议按照公司章程的规定按时召开。代表1/10以上表决权的股东、1/3以上的董事、监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

股东会会议的召集人，除首次会议由出资最多的股东召集和主持外，应由董事会召集，董事长主持。董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。

除公司章程另有规定或全体股东另有约定的以外，召开股东会会议，应于会议召开15日以前通知全体股东。股东会应当对所议事项的决定作成会议记录。凡出席会议的股东均应在会议记录上签名。

#### (3) 表决程序

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，即“资本多数决”，但是公司章程另有规定的除外。

股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。但是，对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式以及修改公司章程的决议，必须经代表2/3以上的表决权的股东通过。

### 2. 股份有限公司的股东大会

#### (1) 组成和职权

股份有限公司股东大会由全体股东组成，股东大会是公司的权力机构，股份有限公司股东大会的职权同有限责任公司股东会，具体的职权范围见《公司法》第100条，这里不加详述。

#### (2) 股东大会的召开

股东大会会议可分为年会和临时会议。年会每年一次，临时股东大会在有下列情形之一的，应当在2个月内召开：

- ① 董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的2/3时；
- ② 公司未弥补的亏损达实收股本总额1/3时；
- ③ 单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求时；
- ④ 董事会认为必要时；
- ⑤ 监事会提议召开时；
- ⑥ 公司章程规定的其他情形。

#### (3) 股东大会的召集和主持

股东大会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续90日以上单





独或者合计持有公司 10% 以上股份的股东可以自行召集和主持。

#### (4) 股东大会的程序保障

召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开 20 日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开 15 日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开 30 日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

股东大会不得对上述通知中未列明的事项作出决议。

无记名股票持有人出席股东大会会议的，应当于会议召开 5 日前至股东大会闭会时将股票交存于公司。

#### (5) 表决规则

股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。但是，公司持有的本公司股份没有表决权。股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

股东大会选举董事、监事，可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。所谓累积投票制，是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。

股东可以委托代理人出席股东大会会议，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。

股东大会应当对所议事项的决定作成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

#### (6) 股东大会中股东的提案权与质询权

提案权体现为：单独或者合计持有公司 3% 以上股份的股东，可以在股东大会召开 10 日前提出临时提案并书面提交董事会；董事会应当在收到提案后 2 日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围，并有明确议题和具体决议事项。

质询权体现为：股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

### 真题示例

(2003-3-89) 甲股份有限公司经董事会决议，变更公司章程，在其营业范围中增加“制售成衣”一项，但尚未向工商行政部门办理变更登记手续。对甲公司变更公司章程的行为，下列判断中正确的是？

- A. 因其是董事会作出的决议，故不能发生变更效力
- B. 董事会可以对此作出决议，但其未向工商机关办理变更登记而不发生变更效力
- C. 应由股东会作出决议，自决议生效时发生变更效力
- D. 应由董事会作出决议，并自办理变更登记时发生变更效力

答案：C。

解析：《公司法》第 38 条。

### 重点法条

第四十五条 有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人；但是，本法第五十一条另有规定的除外。

两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

#### 【关联法条】

#### 《公司法》

第四十六条 董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。





董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

第四十七条 董事会对股东会负责，行使下列职权：

- (一) 召集股东会会议，并向股东会报告工作；
- (二) 执行股东会的决议；
- (三) 决定公司的经营计划和投资方案；
- (四) 制订公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (五) 制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (六) 制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；
- (七) 制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；
- (八) 决定公司内部管理机构的设置；
- (九) 决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；
- (十) 制定公司的基本管理制度；
- (十一) 公司章程规定的其他职权。

第四十八条 董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

第五十条 有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，行使下列职权：

- (一) 主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；
- (二) 组织实施公司年度经营计划和投资方案；
- (三) 拟订公司内部管理机构设置方案；
- (四) 拟订公司的基本管理制度；
- (五) 制定公司的具体规章；
- (六) 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；
- (七) 决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；
- (八) 董事会授予的其他职权。

公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。

经理列席董事会会议。

第一百零九条 股份有限公司设董事会，其成员为五人至十九人。

董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

本法第四十六条关于有限责任公司董事任期的规定，适用于股份有限公司董事。

本法第四十七条关于有限责任公司董事会职权的规定，适用于股份有限公司董事会。

第一百一十一条 董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开十日前通知全体董事和监事。

代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后十日内，召集和主持董事会会议。

董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

第一百一十二条 董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。

董事会决议的表决，实行一人一票。

第一百一十三条 董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围。

董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

第一百一十四条 股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。

本法第五十条关于有限责任公司经理职权的规定，适用于股份有限公司经理。

第一百一十五条 公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理。

## 法条精解

本条主要考察的是公司董事会的有关内容。

### 1. 有限责任公司的董事会规定

#### (1) 董事会的组成、任期和职权

董事会成员为3人至13人。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事会是公司业务的执行机关，对股东会负责，具体的职权范围见《公司法》第47条。

股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设立董事会。执行董事可以兼任公司经理。执行董事的职权由公司章程规定。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年。董事任期届满，连选可以连任。

董事会设董事长1人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

#### (2) 董事会会议的召开和议事规则

董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

董事会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。

董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会决议的表决，实行一人一票。

#### (3) 经理

有限责任公司可以设经理，性质上是董事会的执行机构，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，具体的职权范围见《公司法》第50条。经理列席董事会会议。

### 2. 股份有限公司的董事会

#### (1) 董事会的组成、任期和职权

股份有限公司设董事会，其成员为5人至19人。董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。股份有限公司董事任期的规定和董事会职权的规定同有限责任公司。

董事会设董事长1人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事履行职务。

#### (2) 董事会会议的召开

董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开10日前通知全体董事和监事。代表1/10以上表决权的股东、1/3以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后10日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

#### (3) 董事会表决规则

董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。

董事会决议的表决，实行一人一票。

董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围。

董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。



#### (4) 经理

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。公司法关于有限责任公司经理职权的规定，适用于股份有限公司经理。

### 真题示例

(2008-3-77) 华胜股份有限公司于 2006 年召开董事会临时会议，董事长甲及乙、丙、丁、戊等共五位董事出席，董事会中其余 4 名成员未出席。董事会表决之前，丁因意见与众人不合，中途退席，但董事会经与会董事一致通过，最后仍作出决议。下列哪些选项是错误的？

- A. 该决议有效，因其已由出席会议董事的过半数通过
- B. 该决议无效，因丁退席使董事的同意票不足全体董事表决票的二分之一
- C. 该决议是否有效取决于公司股东会的最终意见
- D. 该决议是否有效取决于公司监事会的审查意见

答案：ACD。

解析：《公司法》第 112 条。

### 重点法条

第五十一条 股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。

执行董事的职权由公司章程规定。

### 法条精解

本条主要考察的是公司董事会机构设置的例外规定。

对于股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以不设董事会，仅设一名执行董事，并可由其兼任公司经理。该法条体现了对一人有限责任公司等特殊公司的法律调整，其所做出的宽缓规定体现了本法规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展的立法指导思想。

### 重点法条

第五十二条 有限责任公司设监事会，其成员不得少于三人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一至二名监事，不设监事会。

监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

#### 【关联法条】

#### 《公司法》

第五十三条 监事的任期每届为三年。监事任期届满，连选可以连任。

监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。

第五十四条 监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：

- (一) 检查公司财务；
- (二) 对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；
- (三) 当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；
- (四) 提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；





- (五) 向股东会会议提出提案；
- (六) 依照本法第一百五十二条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；
- (七) 公司章程规定的其他职权。

第五十五条 监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。

监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

第一百一十八条 股份有限公司设监事会，其成员不得少于三人。

监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

本法第五十三条关于有限责任公司监事任期的规定，适用于股份有限公司监事。

第一百一十九条 本法第五十四条、第五十五条关于有限责任公司监事会职权的规定，适用于股份有限公司监事会。

监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

## 法条精解

本条主要考察的是公司的监事会制度。

### 1. 有限责任公司的监事会

#### (1) 监事会的组成和任期

有限责任公司设立监事会，其成员不得少于3人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设1至2名监事，不设立监事会。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席一人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

监事的任期每届为3年。监事任期届满，连选可以连任。

#### (2) 监事会（监事）的职权

监事会职权在《公司法》第54条中得到加强，集中表现为第4项和第6项：提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；依照公司法有关规定，对董事、高级管理人员提起诉讼。这使监事会得以有效监督公司的日常行为。

#### (3) 监事会议事规则

监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。

监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

### 2. 股份有限公司的监事会

#### (1) 组成、任期与职权

股份有限公司设立监事会，其成员不得少于3人。

监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。



董事、高级管理人员不得兼任监事。

公司法关于有限责任公司监事任期和监事会职权的规定，适用于股份有限公司的监事和监事会，监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

## (2) 监事会会议

监事会每6个月至少召开一次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。

监事会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

## 重点法条

第一百四十七条 有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

(一) 无民事行为能力或者限制民事行为能力；

(二) 因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年；

(三) 担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；

(四) 担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年；

(五) 个人所负数额较大的债务到期未清偿。

公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。

董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百四十九条 董事、高级管理人员不得有下列行为：

(一) 挪用公司资金；

(二) 将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；

(三) 违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；

(四) 违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；

(五) 未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；

(六) 接受他人与公司交易的佣金归为己有；

(七) 擅自披露公司秘密；

(八) 违反对公司忠实义务的其他行为。

董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

## 法条精解

本条主要考察的是对公司董事、监事和高级管理人员的基本要求。

1. 公司董事、监事和高级管理人员的（消极）任职资格条件

具有《公司法》第147条具体规定情形的不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。

2. 公司董事、监事、高级管理人员的忠实义务和勤勉义务

公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务（duty of loyalty）和勤勉义务（在《公司法》理论上被称为注意义务 duty of care），这是董事、监事、高级管理人员所负义务的两个方面，前者主要是道德品行方面的要求，后者主要是能力方面的要求。在此项义务的要求之下，董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。

这种义务表现为：

(1) 公司中董事、高级管理人员负有的忠实义务。董事、高级管理人员不得有《公司法》第149条具体规定的各种不法行为。

(2) 股份有限公司中董事、监事、高级管理人员的特别忠实义务。①公司不得直接或者通过子公司向



董事、监事、高级管理人员提供借款。②公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。

(3) 董事、监事、高级管理人员对公司的赔偿责任。董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

### 3. 董事、监事、高级管理人员对公司负有的其他义务和责任

股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

## 真题示例

(2008-3-76) 甲公司于2008年7月依法成立，现有数名推荐的董事人选，依照《公司法》规定，下列哪些人员不能担任公司董事？

A. 王某，因担任企业负责人犯重大责任事故罪于2001年6月被判处3年有期徒刑，2004年刑满释放

B. 张某，与他人共同投资设立一家有限责任公司，持股70%，该公司长期经营不善，负债累累，于2006年被宣告破产

C. 徐某，2003年向他人借款100万元，为期2年，但因资金被股市套住至今未清偿

D. 赵某，曾任某音像公司董事长，该公司因未经著作权人许可大量复制音像制品于2006年5月被工商部门吊销营业执照，赵某负有个人责任

答案：CD。

解析：《公司法》第147条。

## 重点法条

第一百五十二条 董事、高级管理人员有本法第一百五十条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百五十条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百五十条 董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

第一百五十三条 董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

## 法条精解

本条主要考察的是公司股东对董事、高级管理人员不法行为责任的追究。

### 1. 股东对公司决议瑕疵的诉讼

(1) 公司决议的无效。公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

(2) 公司决议的撤销。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起60日内，请求人民法院撤销。股东依此提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

### 2. 股东直接诉讼

董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法



院提起诉讼。

### 3. 股东代表诉讼

股东代表诉讼,又称派生诉讼、股东代位诉讼,是指当公司的合法权益受到不法侵害而公司却怠于起诉时,公司的股东即以自己的名义起诉,而所获赔偿归于公司的一种诉讼形态。它是广大股东监督公司经营及预防经营权滥用的最重要的救济和预防手段。股东进行代表诉讼必须满足以下要求:

#### (1) 先诉请求

在代表诉讼中,一般来说,股东应当先向公司提出请求,即要求公司就所诉称的错误行为提起诉讼。只有在公司自己没有提起诉讼而又没有正当理由时,才允许股东提起本来属于公司的诉讼,这就是所谓的先诉请求,也叫“用尽公司内部救济原则”。具体而言:

董事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的或者他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东,可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼;监事执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

#### (2) 提起诉讼

股东有权在以下三种情况发生时以自己的名义直接向法院提起代表诉讼:①监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到股东书面请求后拒绝提起诉讼;②监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事自收到请求之日起30日内未提起诉讼;③情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的。

### 4. 代表诉讼与直接诉讼的比较

(1) 两者产生的根据不同。股东直接诉讼源于股东作为出资人的地位,因而每位股东均享有提起直接诉讼的资格;股东代表诉讼既源于股东作为出资人的地位,又源于其作为公司代表人的地位,因而仅有满足法定条件(例如持股数额不低于一定比例,持股期间不短于一定期限)的股东才有权提起股东代表诉讼。

(2) 两者行使的原因不同。直接诉讼是因为股东自身利益受到公司侵害而提起诉讼,代表诉讼则是出于公司利益受到公司机关成员或第三人侵害且在公司怠于救济的情况下提起的诉讼。

(3) 两者行使的效力不同。股东直接诉讼中,股东行使的是一种自益权,股东基于个人利益受到损害提起诉讼,因此不论原告股东胜诉或败诉,诉讼后果仅及于原告股东个人;股东代表诉讼中,股东行使的则是一种共益权,股东基于公司的团体性利益受到侵害且公司拒绝或者怠于行使诉权而代位公司提起诉讼,因此若原告股东胜诉,胜诉利益归于公司,而非原告股东;若原告股东败诉,不仅原告股东负担诉讼费用,而且诉讼结果对其他相同处境的股东有拘束力,其他未起诉的股东不得就同一事由再度起诉。

(4) 两者被告主体范围不同。直接诉讼中的被告一般为公司股东、董事、监事和职员,但不得为公司外的第三人;而代表诉讼中的被告可以为公司外的第三人,或为公司股东、董事、监事和职员。

### 真题示例

(2008-3-75) 刘某是甲有限责任公司的董事长兼总经理。任职期间,多次利用职务之便,指示公司会计将资金借贷给一家主要由刘某的儿子投资设立的乙公司。对此,持有公司股权0.5%的股东王某认为甲公司应该起诉乙公司还款,但公司不可能起诉,王某便自行直接向法院对乙公司提起股东代表诉讼。下列哪些选项是正确的?

- A. 王某持有公司股权不足1%,不具有提起股东代表诉讼的资格
- B. 王某不能直接提起诉讼,必须先向董事会或监事会提出请求
- C. 王某应以甲公司的名义起诉,但无需甲公司盖章或刘某签字
- D. 王某应以自己的名义起诉,但诉讼请求应是將借款返还给甲公司

答案:BD。

解析:《公司法》第150条和第152条。

### 重点法条

第一百七十四条 公司合并,应当由合并各方签订合并协议,并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三





十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百七十三条 公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。

一个公司吸收其他公司为吸收合并,被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并,合并各方解散。

第一百七十五条 公司合并时,合并各方的债权、债务,应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

### 法条精解

本条主要考察的是公司的合并制度。

公司合并,是指两个或两个以上的公司、订立合并协议、依照公司法的规定、不经过清算程序、直接结合为一个公司的法律行为。

#### 1. 公司合并的方式

(1) 吸收合并,即一个公司吸收其他公司,吸收方保留,被吸收方解散。

(2) 新设合并,即两个以上公司合并设立一个新的公司,合并各方解散。

#### 2. 公司合并的程序

(1) 合并协议和决议。由合并各方业务执行机关签订合并协议,并编制资产负债表及财产清单,然后由股东大会(或股东会)作出批准与否的决议。各方股东大会批准后,合并协议始得生效。

(2) 通知和公告。合并各方应当自合并决议生效之日起10日内通知其债权人,并于30日内在报纸上公告。

(3) 清偿债务或提供担保。债权人自接到通知书之日起30日内,未接到通知书的自公告之日起45日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

(4) 登记。完成以上程序后,应向公司登记机关办理登记:合并后继续存续的公司,办理变更登记;因合并而解散的公司,办理注销登记;因合并而新设立的公司,办理设立登记。

#### 3. 公司合并的后果

公司合并时,合并各方的债权、债务,应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

#### 4. 公司合并对利害关系人的保护

(1) 对债权人的利益保护。① 债权人异议权。债权人如对公司合并存在异议,可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。② 公司合并时,合并各方的债权、债务,应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

(2) 对少数股东的利益保护。对股东会关于公司合并的决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。

### 真题示例

(2009-3-72) 甲公司欠乙公司货款100万元、丙公司货款50万元。2009年9月,甲公司与丁公司达成意向,拟由丁公司兼并甲公司。乙公司原欠丁公司租金80万元。下列哪些表述是正确的?

- A. 甲公司与丁公司合并后,两个公司的法人主体资格同时归于消灭
- B. 甲公司与丁公司合并后,丁公司可以向乙公司主张债务抵销
- C. 甲公司与丁公司合并时,丙公司可以要求甲公司或丁公司提供履行债务的担保
- D. 甲公司与丁公司合并时,应当分别由甲公司和丁公司的董事会作出合并决议

答案:BC。

解析:《公司法》第173条、第174条、第175条。

### 重点法条

第一百七十六条 公司分立,其财产作相应的分割。

公司分立,应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。



## 【关联法条】

### 《公司法》

第一百七十七条 公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

## 法条精解

本条主要考察的是公司的分立制度。

公司分立是指一个公司通过依法签订分立协议，不经过清算程序，分为两个或两个以上公司的法律行为。

### 1. 公司分立的方式

(1) 新设分立，即原公司解散，原公司分为两个以上的新的企业法人。

(2) 派生分立，即原公司继续存在，由其中分离出来的部分形成新的法人。

### 2. 公司分立的程序

(1) 分立协议和决议。由分立各方业务执行机关签订分立协议，并分割财产及编制资产负债表和财产清单，然后由股东大会（或股东会）作出批准与否的决议。各方股东大会批准后，分立协议始得生效。

(2) 通知和公告。分立各方应当自分立决议生效之日起10日内通知其债权人，并于30日内在报纸上公告。

(3) 登记。完成以上程序后，应向公司登记机关办理登记：分立后继续存续的公司，办理变更登记；因分立而解散的公司，办理注销登记；因分立而新设立的公司，办理设立登记。

### 3. 公司分立对利害关系人的保护

#### (1) 对债权人的利益保护

公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

#### (2) 对少数股东的利益保护

对股东会关于公司分立的决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。

## 真题示例

（2007-3-79）庐阳公司系某集团公司的全资子公司。因业务需要，集团公司决定庐阳公司分立为两个公司。鉴于庐阳公司已有的债权债务全部发生在集团公司内部，下列哪些选项是正确的？

- A. 庐阳公司的分立应当由庐阳公司的董事会作出决议
- B. 庐阳公司的分立应当由集团公司作出决议
- C. 庐阳公司的分立只需进行财产分割，无需进行清算
- D. 因庐阳公司的债权债务均发生于集团公司内部，故其分立无需通知债权人

答案：BC。

解析：《公司法》第38条、第176条、第184条规定。

## 重点法条

第一百七十八条 公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。

公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

## 【关联法条】

### 《公司法》

第一百七十九条 有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，依照本法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。

股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股，依照本法设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。



本条主要考察的是公司的减资程序和增资程序。

### 1. 减资程序

公司减资，应当由董事会（执行董事）制定方案，提交股东会决议，减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

（1）编制资产负债表及财产清单。

（2）通知和公告。公司应当自作出减资决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应担保。

（3）办理变更登记。

### 2. 增资程序

（1）有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，依照公司法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。

（2）股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股，依照公司法设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

## 重点法条

第一百八十一条 公司因下列原因解散：

- （一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
- （二）股东会或者股东大会决议解散；
- （三）因公司合并或者分立需要解散；
- （四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
- （五）人民法院依照本法第一百八十三条的规定予以解散。

### 【关联法条】

#### 《公司法》

第一百八十二条 公司有本法第一百八十一条第（一）项情形的，可以通过修改公司章程而存续。

依照前款规定修改公司章程，有限责任公司须经持有三分之二以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

第一百八十三条 公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

## 法条精解

本条主要考察的是公司的解散制度。

公司解散是指公司因发生章程规定或法律规定的解散事由而停止业务活动，最终失去法律人格的法律行为。

公司解散的原因可分为：

### 1. 一般解散

- （1）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
- （2）股东会或者股东大会决议解散；
- （3）因公司合并或者分立需要解散。

### 2. 强制解散

（1）主管机关决定。国有独资公司由国家授权投资的机构或者国家授权的部门作出解散的决定，该国有独资公司应即解散。

（2）公司违反法律、行政法规的规定被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，如依据《公司法》第212条规定：公司成立后无正当理由超过6个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。

### 3. 司法解散——公司僵局的解决途径

公司法规定，如果公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径



不能解决的,持有公司全部股东表决权10%以上的股东,可以请求人民法院解散公司。

(1) 司法解散公司的构成要件。公司经营管理发生严重困难。这种情况就是所谓的公司僵局。“公司僵局”是指公司在存续运行中由于股东、董事之间矛盾激化而处于僵持状况,导致股东会、董事会等公司机关不能按照法定程序作出决策,从而使公司陷入无法正常运转,甚至瘫痪的状况。继续存续会使股东利益受到重大损失。通过其他途径不能解决,即要“用尽公司内部救济”。

(2) 原告股东的资格。持有公司全部股东表决权10%以上的股东,可以请求人民法院解散公司。

(3) 公司的诉讼地位。在原告股东提起解散公司之诉时,应当将公司列为被告。

#### 4. 公司解散例外

公司解散也存在例外:公司免于解散而存续。公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时,可以通过修改公司章程而存续。对此种章程修改,有限责任公司须经持有2/3以上表决权的股东通过,股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

#### 5. 公司解散的法律后果

(1) 除合并、分立和破产的外,解散的公司应当依照公司法规定的程序进行清算。

(2) 公司原有的法定代表人和业务执行机关丧失权力,由清算人接替之。

(3) 解散的公司,其法人资格仍然存在,但公司的权利能力仅限于清算活动必要的范围内。

### 真题示例

1. (2008-3-32) 甲、乙、丙三人共同设立云台有限责任公司,出资比例分别为70%、25%、5%。自2005年开始,公司的生产经营状况严重恶化,股东之间互不配合,不能作出任何有效决议,甲提议通过股权转让摆脱困境被其他股东拒绝。下列哪一选项是正确的?

- A. 只有控股股东甲可以向法院请求解散公司
- B. 只有甲、乙可以向法院请求解散公司
- C. 甲、乙、丙中任何一人都可向法院请求解散公司
- D. 不应解散公司,而应通过收购股权等方式解决问题

答案: B。

解析:《公司法》第183条。

2. (2009-3-73) 甲为某有限公司股东,持有该公司15%的表决权股。甲与公司的另外两个股东长期意见不合,已两年未开成公司股东会,公司经营管理出现困难,甲与其他股东多次协商未果。在此情况下,甲可以采取下列哪些措施解决问题?

- A. 请求法院解散公司
- B. 请求公司以合理的价格收购其股权
- C. 将股权转让给另外两个股东退出公司
- D. 经另外两个股东同意撤回出资以退出公司

答案: AC。

解析: 根据《公司法》第183条规定, A项正确。根据《公司法》第75条和第143条规定, B项错误。根据《公司法》第72条第1款规定, C项正确。根据《公司法》第92条规定, D项错误。

### 重点法条

第一百八十四条 公司因本法第一百八十一条第(一)项、第(二)项、第(四)项、第(五)项规定而解散的,应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请,并及时组织清算组进行清算。

#### 【关联法条】

##### 《公司法》

第一百八十五条 清算组在清算期间行使下列职权:

- (一) 清理公司财产, 分别编制资产负债表和财产清单;
- (二) 通知、公告债权人;
- (三) 处理与清算有关的公司未了结的业务;
- (四) 清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款;





- (五) 清理债权、债务；
- (六) 处理公司清偿债务后的剩余财产；
- (七) 代表公司参与民事诉讼活动。

第一百八十六条 清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，向清算组申报其债权。

债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。

第一百八十七条 清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。

第一百八十八条 清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。

公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。

在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

## 法条精解

本条主要考察的是公司清算的程序。

除公司合并、分立豁免清算外，其他公司解散的情形都需清算。公司清算是指解散的公司清理债权债务、分配剩余财产、了结公司的法律关系，从而使公司归于消灭的程序。

公司清算分为破产清算程序和非破产清算程序。前者适用《企业破产法》规定的程序，后者适用《公司法》规定的程序。我国《公司法》规定的清算程序如下：

### 1. 成立清算组

公司应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组，开始清算。清算组是指在公司清算期间负责清算事务执行的法定机构。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

### 2. 清算组的职权、义务和责任

(1) 清算组的职权。根据《公司法》第185条，清算组的职权包括：清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；通知、公告债权人；处理与清算有关的公司未了结的业务；清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；清理债权、债务；处理公司清偿债务后的剩余财产；代表公司参与民事诉讼活动。

(2) 清算组的义务和责任。清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

### 3. 清算程序

#### (1) 通知和公告

清算组应当自成立之日起10日内通知债权人，并于60日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，向清算组申报其债权。

债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

#### (2) 制定清算方案和处分公司财产

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。



### (3) 清算结束

公司清算结束后,清算组应当制作清算报告,报股东会、股东大会或者人民法院确认,并报送公司登记机关,申请注销公司登记,公告公司终止。

## 真题示例

(2007-3-36) 一枝花有限公司因营业期限届满解散,并依法成立了清算组,该清算组在清算过程中实施的下列哪些行为是合法的?

- A. 为使公司股东分配到更多的剩余财产,将公司的库房出租给甲公司收取租金
- B. 为减少债务利息,在债权申报期间清偿了可以确定的乙公司债务
- C. 通知公司的合作伙伴丙公司解除双方之间的供货合同并对其作出相应赔偿
- D. 代表公司参加了一项仲裁活动并与对方当事人达成和解协议

答案: CD。

解析: 本题考查清算组的职权。值得注意的是,本题属于企业因营业期限届满而解散,应该适用《公司法》中关于清算的规定,这和《企业破产法》的清算不同。根据《公司法》第185条,CD正确;根据《公司法》第187条,A的做法是不合法的。根据《公司法》第186条,B项是错误的。

# 《合伙企业法》

## 重点法条

第十四条 设立合伙企业,应当具备下列条件:

- (一) 有二个以上合伙人。合伙人为自然人的,应当具有完全民事行为能力;
- (二) 有书面合伙协议;
- (三) 有合伙人认缴或者实际缴付的出资;
- (四) 有合伙企业的名称和生产经营场所;
- (五) 法律、行政法规规定的其他条件。

## 法条精解

本条主要考察的是合伙企业的概念和设立条件。

所谓合伙企业,是指自然人、法人和其他组织依照合伙企业法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业由普通合伙人组成,合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。合伙企业的营业执照签发日期,为合伙企业成立日期。

设立合伙企业,应当具备下列条件:

1. 有书面合伙协议。合伙协议是合伙成立的法律基础,它是调整合伙人相互之间的权利义务关系的内部法律文件,仅具有对内的效力,只能约束合伙人。合伙协议与普通合同的区别有:①当事人所追求的利益是一致的、共同的,而非相对的。这使合伙协议与一般的双务合同具有实质性的差异。②合伙协议是设立合伙企业的前提条件和必要条件,而合伙企业是合伙协议的预计结果。③虽然合伙协议是一种双务有偿合同,但由于它具有团体性,所以民法中有关双务有偿合同的诸多规定并不适用于合伙协议。所以我国《合伙企业法》采用了“合伙协议”而非合伙合同的术语。

2. 有二个以上合伙人。合伙人为自然人的,应当具有完全民事行为能力。企业法人也可以成为合伙人,并以其全部财产独立承担民事责任。

3. 有合伙人认缴或者实际缴付的出资。合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资,也可以用劳务出资。合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资,需要评估作价的,可以由全体合伙人协商确定,也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。合伙人以劳务出资的,其评估办法由全体合伙人协商确定,并在合伙协议中载明。

4. 有合伙企业的名称和生产经营场所。合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。

5. 法律、行政法规规定的其他条件。



(2007-3-31) 张某打算自己投资设立一企业从事商贸业务。下列哪一选项是错误的?

- A. 张某可以设立一个一人有限责任公司从事商贸业务
- B. 张某可以设立一个个人独资企业从事商贸业务
- C. 如果张某设立个人独资企业, 则该企业不能再入伙普通合伙企业
- D. 如果张某设立一人有限责任公司, 则该公司可以再入伙普通合伙企业

答案: C。

解析: 《公司法》第 58 条第 2 款、《合伙企业法》第 3 条。

## 重点法条

第二十二條 除合伙协议另有约定外, 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时, 须经其他合伙人一致同意。

合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时, 应当通知其他合伙人。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第二十三條 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的, 在同等条件下, 其他合伙人有优先购买权; 但是, 合伙协议另有约定的除外。

第二十五條 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的, 须经其他合伙人一致同意; 未经其他合伙人一致同意, 其行为无效, 由此给善意第三人造成损失的, 由行为人依法承担赔偿责任。

## 法条精解

本条主要考察的是合伙财产制度。

### 1. 合伙企业财产的范围和性质

(1) 范围: 合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产, 均为合伙企业的财产。

(2) 性质: 合伙企业积累的财产是全体合伙人按份共有。只不过, 这种按份共有比较特殊, 表现为一种潜在的份额, 即在合伙企业存续期间合伙人不得以份额比例要求分割财产, 也不得以份额大小来决定合伙人对合伙财产的使用和管理方面的权利以及合伙事务执行方面的权利, 只有在分配合伙企业利润和退伙以及合伙企业解散时, 份额比例才具有实际意义, 作为各合伙人分配利润和分割财产的依据。

### 2. 合伙企业财产的处分

合伙人在合伙企业清算前, 不得请求分割合伙企业的财产。合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的, 合伙企业不得以此对抗善意第三人。

### 3. 合伙企业财产份额的处分

(1) 财产份额的转让: ①内部转让。合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时, 应当通知其他合伙人。②外部转让。除合伙协议另有约定外, 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时, 须经其他合伙人一致同意。合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的, 在同等条件下, 其他合伙人有优先购买权; 但是, 合伙协议另有约定的除外。

合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的, 经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人, 依照合伙企业法和修改后的合伙协议享有权利, 履行义务。

(2) 财产份额的出质: 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的, 须经其他合伙人一致同意; 未经其他合伙人一致同意, 其行为无效, 由此给善意第三人造成损失的, 由行为人依法承担赔偿责任。

## 真题示例

(2005-3-63) 2000 年 3 月, 甲、乙、丙开办一合伙企业, 同年 6 月甲与丁结婚。2005 年 8 月, 双方协议离婚, 约定将合伙企业中甲的财产份额全部转让给丁。下列哪些说法不正确?

- A. 合伙企业中甲的财产份额属于夫妻共同财产
- B. 如乙、丙同意, 丁依法取得合伙人的地位



C. 如乙、丙不同意丁入伙, 必须购买该财产份额

D. 合伙企业应清算, 丁分得甲应得财产份额

答案: ACD。

解析: 《合伙企业法》第 22 条。

## 重点法条

第二十六条 合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。

按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定, 可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业, 执行合伙事务。

作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的, 由其委派的代表执行。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第三十条 合伙人对合伙企业有关事项作出决议, 按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的, 实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

本法对合伙企业的表决办法另有规定的, 从其规定。

第三十一条 除合伙协议另有约定外, 合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意:

- (一) 改变合伙企业的名称;
- (二) 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点;
- (三) 处分合伙企业的不动产;
- (四) 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利;
- (五) 以合伙企业名义为他人提供担保;
- (六) 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

第三十二条 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。

除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外, 合伙人不得同本合伙企业进行交易。

合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

第三十三条 合伙企业的利润分配、亏损分担, 按照合伙协议的约定办理; 合伙协议未约定或者约定不明确的, 由合伙人协商决定; 协商不成的, 由合伙人按照实缴出资比例分配、分担; 无法确定出资比例的, 由合伙人平均分配、分担。

合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

## 法条精解

本条主要考察的是合伙事务的执行。

### 1. 合伙事务执行方式

合伙人, 不论其出资多少, 对合伙事务享有同等的权利。合伙事务执行可以采取灵活的方式, 只要全体合伙人同意即可。在我国, 合伙企业事务的执行方式有四种: ①全体合伙人共同执行; ②委托数名合伙人共同执行; ③委托一名合伙人单独执行; ④各合伙人分别执行。

### 2. 合伙事务的决议

合伙人对合伙企业有关事项作出决议, 按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的, 除法律另有规定外, 实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

### 3. 合伙事务的决定

合伙事务的决定不同于合伙事务的执行。一般情况下, 合伙事务的决定需由全体合伙人同意才可以。

根据《合伙企业法》第 31 条的规定, 除合伙协议另有约定外, 合伙企业的六项事项应当经全体合伙人一致同意, 这里不再详述。

### 4. 合伙人的义务

(1) 竞业禁止。合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。

(2) 自我交易禁止。除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外, 合伙人不得同本合伙企业进行交易。

(3) 合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。





## 5. 合伙企业的利润分配和亏损分担

合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

合伙企业的利润分配和亏损分担必须坚持全体合伙人共担风险、共享收益的原则。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

### 真题示例

1. (2002-3-48) 合伙企业的下列事务哪些必须经全体合伙人同意才能作出决定？

- A. 出售合伙企业的房屋
- B. 以合伙企业的名义为另一家企业提供担保
- C. 转让合伙企业的商标
- D. 改变合伙企业的名称

答案：ABCD。

解析：《合伙企业法》第31条。

2. (2003-3-62) 甲与乙、丙成立一合伙企业，并被推举为合伙事务执行人，乙、丙授权甲在3万元以内的开支及30万元内的业务可以自行决定。甲在任职期间内实施的下列行为哪些是法律禁止或无效的行为？

- A. 自行决定一次支付广告费5万元
- B. 未经乙、丙同意，与某公司签订50万元的合同
- C. 未经乙、丙同意，将自有房屋以1万元租给合伙企业
- D. 与其妻一道经营与合伙企业相同的业务

答案：CD。

解析：《合伙企业法》第32条、第37条。

### 重点法条

第三十七条 合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。

#### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第三十八条 合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。

第三十九条 合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

第四十条 合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过本法第三十三条第一款规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

第四十一条 合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

第四十二条 合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，依照本法第五十一条的规定为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

### 法条精解

本条主要考察的是合伙企业的对外关系。

#### 1. 合伙人的对外代表权

每一个合伙人都当然有权利对外代表合伙企业，企业在内部可以对合伙人的这种对外代表权做出限制，但这些限制不得对抗善意第三人。

#### 2. 合伙企业债务的清偿

(1) 合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。



(2) 合伙企业不能清偿到期债务的, 合伙人承担无限连带责任。

(3) 合伙人由于承担无限连带责任, 清偿数额超过其亏损分担比例的, 有权向其他合伙人追偿。

### 3. 合伙人个人债务的清偿

(1) 清偿方式。合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的, 该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿; 债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

(2) 禁止抵销与禁止代位。合伙人发生与合伙企业无关的债务, 相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务; 也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

## 真题示例

1. (2005-3-29) 合伙人甲在合伙企业中有份额 15 万元, 待分配利润 3 万元。现甲无力偿还其对第三人乙的负债 20 万元, 乙要求强制执行甲在合伙企业中的财产。对此, 下列哪一种说法是正确的?

A. 乙仅可就该 15 万元份额请求强制执行

B. 乙仅可就该 3 万元待分配利润请求强制执行

C. 乙可以就该 15 万元份额和 3 万元待分配利润请求强制执行

D. 乙可以就该 15 万元份额和 3 万元待分配利润请求强制执行, 但必须扣除甲在合伙企业中应当承担的债务份额

答案: C。

解析: 《合伙企业法》第 42 条。

2. (2006-3-27) 江某是一合伙企业的合伙事务执行人, 欠罗某个人债务 7 万元, 罗某在交易中又欠合伙企业 7 万元。后合伙企业解散。清算中, 罗某要求以其对江某的债权抵销其所欠合伙企业的债务, 各合伙人对罗某的这一要求产生了分歧。下列哪种看法是正确的?

A. 江某的债务如同合伙企业债务, 罗某可以抵销其对合伙企业的债务

B. 江某所负债务为个人债务, 罗某不得以个人债权抵销其对合伙企业债务

C. 若江某可从合伙企业分得 7 万元以上的财产, 则罗某可以抵销其对合伙企业的债务

D. 罗某可以抵销其债务, 但江某应分得的财产不足 7 万元时, 应就差额部分对其他合伙人承担赔偿责任

答案: B。

解析: 《合伙企业法》第 41 条。

## 重点法条

第四十三条 新合伙人入伙, 除合伙协议另有约定外, 应当经全体合伙人一致同意, 并依法订立书面入伙协议。

订立入伙协议时, 原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第四十四条 入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利, 承担同等责任。入伙协议另有约定的, 从其约定。

新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

## 法条精解

本条主要考察的是合伙企业的入伙制度。

入伙制度的内容包括:

1. 入伙的条件与程序

(1) 全体合伙人的同意。

(2) 新入伙人与原合伙人订立书面入伙协议。

(3) 订立入伙协议时, 原合伙人应向新入伙人告知原合伙企业的经营状况和财务状况。



## 2. 入伙的法律后果

新入伙人取得合伙人的资格。即意味着：

- (1) 除入伙协议另有约定外，新入伙人与合伙人享有同等权利，承担同等责任。
- (2) 新入伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

### 重点法条

第四十八条 合伙人有下列情形之一的，当然退伙：

- (一) 作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；
- (二) 个人丧失偿债能力；
- (三) 作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；
- (四) 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；
- (五) 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

#### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第四十九条 合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：

- (一) 未履行出资义务；
- (二) 因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；
- (三) 执行合伙事务时有不正当行为；
- (四) 发生合伙协议约定的事由。

对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。

被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起三十日内，向人民法院起诉。

第五十条 合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：

- (一) 继承人不愿意成为合伙人；
- (二) 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；
- (三) 合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

第五十三条 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

### 法条精解

本条主要考察的是合伙企业的退伙制度。

退伙制度的内容包括：

#### 1. 退伙的形式

(1) 声明退伙。声明退伙又称自愿退伙，可分为协议退伙和通知退伙。

① 协议退伙。是指合伙协议约定合伙期限的，在合伙企业存续期间，有下列情形之一的，合伙人可以退伙：合伙协议约定的退伙事由出现；经全体合伙人一致同意；发生合伙人难以继续参加合伙的事由；其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

② 通知退伙。是指合伙协议未约定合伙期限的，在不给合伙事务执行造成不利影响的前提下，合伙人可以不经其他合伙人同意而退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。



(2) 法定退伙。法定退伙是指直接根据法律的规定而退伙。可以分为当然退伙和除名退伙。

当然退伙。合伙人有《合伙企业法》第48条规定的5种情形的，当然退伙。这里不加详述。

除名退伙。合伙人有《合伙企业法》第49条规定的4种情形的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名。这里不加详述。

## 2. 退伙的效力

(1) 合伙人退伙，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结后进行结算。

(2) 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

(3) 合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当依照合伙协议的约定分担亏损。

## 3. 合伙人资格的继承

合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：

(1) 继承人不愿意成为合伙人；

(2) 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；

(3) 合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

## 真题示例

1. (2008-3-26) 2007年1月，甲、乙、丙设立一普通合伙企业。2008年2月，甲与戊结婚。2008年7月，甲因车祸去世。甲除戊外没有其他亲人，合伙协议对合伙人资格取得或丧失未作约定。下列哪一选项是正确的？

- A. 合伙企业中甲的财产份额属于夫妻共同财产
- B. 戊依法自动取得合伙人地位
- C. 经乙、丙一致同意，戊取得合伙人资格
- D. 只能由合伙企业向戊退还甲在合伙企业中的财产份额

答案：C。

解析：《合伙企业法》第50条。

2. (2008-3-28) 普通合伙企业合伙人李某因车祸遇难，生前遗嘱指定16岁的儿子李明为其全部财产继承人。下列哪一表述是错误的？

- A. 李明有权继承其父在合伙企业中的财产份额
- B. 如其他合伙人均同意，李明可以取得有限合伙人资格
- C. 如合伙协议约定合伙人必须是完全行为能力人，则李明不能成为合伙人
- D. 应当待李明成年后由其本人作出其是否愿意成为合伙人的意思表示

答案：D。

解析：《合伙企业法》第50条。

## 重点法条

第八十五条 合伙企业有下列情形之一的，应当解散：

- (一) 合伙期限届满，合伙人决定不再经营；
- (二) 合伙协议约定的解散事由出现；
- (三) 全体合伙人决定解散；
- (四) 合伙人已不具备法定人数满三十天；
- (五) 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；
- (六) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；





(七) 法律、行政法规规定的其他原因。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第八十六条 合伙企业解散，应当由清算人进行清算。清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后十五日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人。自合伙企业解散事由出现之日起十五日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

第九十一条 合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

第九十二条 合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

### 法条精解

本条主要考察的是合伙企业的解散、清算与破产。

#### 1. 合伙企业解散的事由

合伙企业有下列情形之一的，应当解散：

- (1) 合伙期限届满，合伙人决定不再经营；
- (2) 合伙协议约定的解散事由出现；
- (3) 全体合伙人决定解散；
- (4) 合伙人已不具备法定人数满 30 天；
- (5) 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；
- (6) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
- (7) 法律、行政法规规定的其他原因。

#### 2. 合伙企业的清算

(1) 清算人的产生。合伙企业解散，应当由清算人进行清算。清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后 15 日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人。自合伙企业解散事由出现之日起 15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

(2) 清算人的职责。清算人在清算期间执行下列事务：①清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；②处理与清算有关的合伙企业未了结事务；③清缴所欠税款；④清理债权、债务；⑤处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；⑥代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动。

(3) 清算的后果。清算结束，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，申请办理合伙企业注销登记。合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

#### 3. 合伙企业的破产

合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

### 真题示例

(2007-3-73) 汪、钱、潘、刘共同投资设立了一个有限合伙企业，其中汪、钱为普通合伙人，潘、刘为有限合伙人。后因该合伙企业长期拖欠供货商货款，企业资产不足以清偿到期债务。依照我国相关法律的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 债权人可以根据企业破产法申请该合伙企业破产
- B. 债权人可以要求任一合伙人清偿全部债务
- C. 债权人只能要求汪、钱清偿全部债务
- D. 如果该合伙企业被宣告破产，则汪、钱仍需承担无限连带责任

答案：ACD。

解析：根据《企业破产法》第 2 条和第 135 条、《合伙企业法》第 2 条、第 92 条。



## 重点法条

第五十五条 以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构，可以设立为特殊的普通合伙企业。

特殊的普通合伙企业是指合伙人依照本法第五十七条的规定承担责任的普通合伙企业。

特殊的普通合伙企业适用本节规定；本节未作规定的，适用本章第一节至第五节的规定。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第五十七条 一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

第五十八条 合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

第一百零七条 非企业专业服务机构依据有关法律采取合伙制的，其合伙人承担责任的形式可以适用本法关于特殊的普通合伙企业的规定。

## 法条精解

本条主要考察的是特殊的普通合伙企业。

### 1. 特殊的普通合伙企业的存在范围

为了减轻专业服务机构中普通合伙人的风险并促进专业服务机构的发展，本法规定，以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构（如合伙制的会计师事务所和资产评估师事务所等），可以设立为特殊的普通合伙企业。特殊的普通合伙企业也叫“有限责任合伙”。

### 2. 特殊的普通合伙企业的“特殊之处”

特殊的普通合伙企业的特殊之处在于其合伙人承担责任的方式特殊。就本质而言，特殊的普通合伙企业不是一种独立的合伙企业形式，它仍属于普通合伙企业。因此，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任是根本的。在此前提下，出于公平的考虑，在特定的合伙企业债务上对无过错合伙人给以有限责任保护。合伙企业法对此采取了分类、分层确定合伙人的责任。

（1）分类。所谓“分类”，以是否对企业的债务有主观故意或重大过失，或者企业债务是否发生于合伙人执业之中，将对合伙企业债务承担责任区别为三类：第一类是指一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。第二类是指合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，由全体合伙人承担无限连带责任。第三类是指合伙企业的其他债务，即合伙企业债务并非发生在执业中，也应由全体合伙人承担无限连带责任。

（2）分层。所谓“分层”，即合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任。之后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

以上表明：①在特殊的普通合伙企业中，并不是合伙人总是受有限责任保护，而仅仅是一个或数个合伙人在执业活动中有主观故意或重大过失导致合伙企业债务时其他合伙人才受有限责任保护。②非因一个或数个合伙人在执业活动中的故意或者重大过失所致合伙企业债务或合伙企业其他债务，全体合伙人都应承担无限连带责任。③即使受有限责任保护，其责任承担范围不是“以认缴的出资额为限”，而是“以其在合伙企业中的财产份额为限”。

## 重点法条

第六十一条 有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。

有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第六十条 有限合伙企业及其合伙人适用本章规定；本章未作规定的，适用本法第二章第一节至第五



节关于普通合伙企业及其合伙人的规定。

第六十二条 有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

第六十四条 有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。

有限合伙人不得以劳务出资。

第六十五条 有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

## 法条精解

本条主要考察的是有限合伙企业概念和设立条件。

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

有限合伙企业允许投资者以承担有限责任的方式参加合伙成为有限合伙人，有利于刺激投资者的积极性。而且，可以使资本与智力实现有效的结合，即拥有财力的人作为有限合伙人，拥有专业知识和技能的人作为普通合伙人，从而建立以有限合伙为组织形式的风险投资机构，从事高科技项目的投资，促进创新型国家的建立。有限合伙企业的设立条件包括如下几个方面：

1. 合伙人。有限合伙企业由 2 个以上 50 个以下合伙人设立。有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人。

2. 合法的名称。有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

3. 有书面合伙协议。

4. 合伙人的出资。有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，但有限合伙人不得以劳务出资。有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

## 真题示例

(2007-3-75) 国有企业甲、合伙企业乙、自然人丙协商，拟共同投资设立一合伙企业从事贸易业务。根据我国《合伙企业法》的规定，下列哪些选项是错误的？

A. 拟设立的合伙企业可以是普通合伙企业，亦可以是有限合伙企业

B. 乙不能以劳务作为出资方式

C. 三方可以约定丙按固定数额分配红利而不承担亏损

D. 三方可以约定不经全体合伙人一致同意而吸收新的合伙人

答案：ABC。

解析：根据《合伙企业法》第 3 条、第 33 条、第 43 条、第 60 条、第 69 条。

## 重点法条

第六十七条 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第六十八条 有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

有限合伙人的下列行为，不视为执行合伙事务：

(一) 参与决定普通合伙人入伙、退伙；

(二) 对企业的经营管理提出建议；

(三) 参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；

(四) 获取经审计的有限合伙企业财务会计报告；

(五) 对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料；

(六) 在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼；

(七) 执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼；

(八) 依法为本企业提供担保。



第六十九条 有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。

第七十五条 有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，转为普通合伙企业。

## 法条精解

本条主要考察的是有限合伙企业的事务执行。

### 1. 执行方式

(1) 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。

(2) 有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。但根据《合伙企业法》第 68 条的规定，有限合伙人的法定八种行为，不视为执行合伙事务，这里不加以详述。

(3) 表见合伙。第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

### 2. 利润分配方式

有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。

## 真题示例

1. (2007-3-27) 甲乙丙丁 4 人组成一个运输有限合伙企业，合伙协议规定甲、乙为普通合伙人，丙、丁为有限合伙人。某日，丁为合伙企业运送石材，路遇法院拍卖房屋，丁想替合伙企业竞买该房，于是以合伙企业的名义将石材质押给徐某，借得 20 万元，竞买了房子。徐某的债权若得不到实现，应当向谁主张权利？

- A. 应当要求丁承担清偿责任
- B. 应当要求甲、乙、丙、丁承担连带清偿责任
- C. 应当要求甲、乙承担连带清偿责任
- D. 应当要求甲、乙、丁承担连带清偿责任

答案：D。

解析：《合伙企业法》第 67 条、第 76 条。

2. (2008-3-69) 甲、乙、丙、丁欲设立一有限合伙企业，合伙协议中约定了如下内容，其中哪些符合法律规定？

- A. 甲仅以出资额为限对企业债务承担责任，同时被推举为合伙事务执行人
- B. 丙以其劳务出资，为普通合伙人，其出资份额经各合伙人商定为 5 万元
- C. 合伙企业的利润由甲、乙、丁三人分配，丙仅按营业额提取一定比例的劳务报酬
- D. 经全体合伙人同意，有限合伙人可以全部转为普通合伙人，普通合伙人也可以全部转为有限合伙人

答案：BC。

解析：《合伙企业法》第 16 条、第 67 条、第 69 条、第 75 条。

## 重点法条

第七十二条 有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；但是，合伙协议另有约定的除外。

### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第七十三条 有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人。

第七十四条 有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。

人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。





本条主要考察的是有限合伙人的“特权”。

1. 有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易；但是，合伙协议另有约定的除外。
  2. 有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。
  3. 有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；但是，合伙协议另有约定的除外。
  4. 有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前 30 日通知其他合伙人。
  5. 有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。
- 人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。
6. 新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

### 真题示例

1. (2008-3-70) 贾某是一有限合伙企业的有限合伙人。下列哪些选项是正确的？
  - A. 若贾某被法院判决认定为无民事行为能力人，其他合伙人可以因此要求其退伙
  - B. 若贾某死亡，其继承人可以取得贾某在有限合伙企业中的资格
  - C. 若贾某转为普通合伙人，其必须对其作为有限合伙人期间企业发生的债务承担无限连带责任
  - D. 如果合伙协议没有限制，贾某可以不经其他合伙人同意而将其在合伙企业中的财产份额出质

答案：BCD。

解析：《合伙企业法》第 72 条、第 79 条、第 80 条、第 83 条。

2. (2008-3-27) 甲是某有限合伙企业的有限合伙人，持有该企业 15% 的份额。在合伙协议无特别约定的情况下，甲在合伙期间未经其他合伙人同意实施了下列行为，其中哪一项违反《合伙企业法》规定？
  - A. 将自购的机器设备出租给合伙企业使用
  - B. 以合伙企业的名义购买汽车一辆归合伙企业使用
  - C. 以自己在合伙企业中的财产份额向银行提供质押担保
  - D. 提前一个月通知其他合伙人将其部分合伙份额转让给合伙人以外的人

答案：B。

解析：《合伙企业法》第 68 条、第 70 条、第 72 条、第 73 条。

### 重点法条

第八十条 作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

#### 【关联法条】

#### 《合伙企业法》

第八十一条 有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

第八十二条 除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意。

第八十三条 有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

第八十四条 普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

### 法条精解

本条主要考察的是有限合伙的形式变更。



### 1. 合伙企业形式的转换

有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，转为普通合伙企业。

### 2. 有限合伙人的退伙

有限合伙人有下列情形之一的，当然退伙：①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；②作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；③法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；④合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。

有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

### 3. 有限合伙人资格的继承

作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

### 4. 合伙人身份的转换

除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意；有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任；普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

## 真题示例

1. (2008-3-25) 甲、乙、丙、丁成立一普通合伙企业，一年后甲转为有限合伙人。此前，合伙企业欠银行债务30万元，该债务直至合伙企业因严重资不抵债被宣告破产仍未偿还。对该30万元银行债务的偿还，下列哪一选项是正确的？

- A. 乙、丙、丁应按合伙份额对该笔债务承担清偿责任，甲无须承担责任
- B. 各合伙人均应对该笔债务承担无限连带责任
- C. 乙、丙、丁应对该笔债务承担无限连带责任，甲无须承担责任
- D. 合伙企业已宣告破产，债务归于消灭，各合伙人无须偿还该笔债务

答案：B。

解析：《合伙企业法》第39条、第84条。

2. (2009-3-74) 甲乙丙三人拟共同设立一个有限合伙企业，下列哪些表述是错误的？

- A. 该有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人
- B. 经合伙协议约定，有限合伙人可以货币、实物、劳务、知识产权或其他财产作价出资
- C. 经合伙协议约定，有限合伙人可以执行部分合伙事务
- D. 如有限合伙人转为普通合伙人，则对其作为有限合伙人期间企业的债务不承担连带责任

答案：BCD。

解析：《合伙企业法》第61条第2款、第64条、第68条第1款、第83条。

## 《个人独资企业法》

### 重点法条

第二条 本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

### 法条精解

本条主要考察的是个人独资企业的含义与特征

#### 1. 个人独资企业的含义



个人独资企业，是指依照个人独资企业法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

## 2. 个人独资企业的特征

(1) 投资人为一个自然人。

(2) 企业财产归投资人个人所有。

(3) 投资人对企业债务承担无限责任，即个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

(4) 个人独资企业不具有法人资格。

## 重点法条

第八条 设立个人独资企业应当具备下列条件：

(一) 投资人为一个自然人；

(二) 有合法的企业名称；

(三) 有投资人申报的出资；

(四) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件；

(五) 有必要的从业人员。

### 【关联法条】

#### 《个人独资企业法》

第十三条 个人独资企业的营业执照的签发日期，为个人独资企业成立日期。

在领取个人独资企业营业执照前，投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。

第十八条 个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

第三十一条 个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

## 法条精解

本条主要考察的是个人独资企业的设立条件。

个人独资企业的设立条件包括如下几个方面：

1. 投资人为一个自然人。

法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业，投资人应具有完全民事行为能力。

2. 有合法的企业名称。

个人独资企业的名称应当与其责任形式及从事的营业相符合。

3. 有投资人申报的出资。

投资人申报出资具有可选择性，如果个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任；如果个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以个人财产作为出资的，则应当依法以个人财产对企业债务承担无限责任。

4. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

5. 有必要的从业人员。

## 真题示例

(2005-3-30) 甲以夫妻共有的写字楼作为出资设立个人独资企业。企业设立后，其妻乙购体育彩票中奖 100 万元，后提出与甲离婚。离婚诉讼期间，甲的独资企业宣告解散，尚欠银行债务 120 万元。该项债务的清偿责任应如何确定？

A. 甲以其在家庭共有财产中应占的份额对银行承担无限责任

B. 甲以家庭共有财产承担无限责任，但乙中奖的 100 万元除外

C. 甲以全部家庭共有财产承担无限责任，包括乙中奖的 100 万元在内

D. 甲仅以写字楼对银行承担责任

答案：C。



## 重点法条

第十九条 个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。

投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务，应当与委托人或者被聘用的人签订书面合同，明确委托的具体内容和授予的权利范围。

委托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。

投资人对委托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。

### 【关联法条】

#### 《个人独资企业法》

第二十条 投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为：

- (一) 利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；
- (二) 利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；
- (三) 挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；
- (四) 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存；
- (五) 擅自以企业财产提供担保；
- (六) 未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；
- (七) 未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；
- (八) 未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；
- (九) 泄露本企业的商业秘密；
- (十) 法律、行政法规禁止的其他行为。

## 法条精解

本条主要考察的是个人独资企业的事务管理。

### 1. 管理方式（三种方式）

个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。

投资人对委托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。

### 2. 管理人的忠实义务

投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为：

- (1) 利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；
- (2) 利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；
- (3) 挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；
- (4) 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存；
- (5) 擅自以企业财产提供担保；
- (6) 未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；
- (7) 未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；
- (8) 未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；
- (9) 泄露本企业的商业秘密；
- (10) 法律、行政法规禁止的其他行为。

## 真题示例

(2004-3-29) 万某因出国留学将自己的独资企业委托陈某管理，并授权陈某在5万元以内的开支和50万元以内的交易可自行决定。设若第三人对此授权不知情，则陈某受托期间实施的下列哪一行为为我国法律所禁止或无效？

- A. 未经万某同意与某公司签订交易额为100万元的合同







- B. 未经万某同意将自己的房屋以 1 万元出售给本企业
- C. 未经万某同意向某电视台支付广告费 8 万元
- D. 未经万某同意聘用其妻为企业销售主管

答案：B。

解析：根据《个人独资企业法》第 20 条的规定，投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有下列行为，未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易。所以选择 B。

## 重点法条

第二十六条 个人独资企业有下列情形之一时，应当解散；

- (一) 投资人决定解散；
- (二) 投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或继承人决定放弃继承；
- (三) 被依法吊销营业执照；
- (四) 法律、行政法规规定的其他情形。

### 【关联法条】

#### 《个人独资企业法》

第二十七条 个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。

投资人自行清算的，应当在清算前十五日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。债权人应当在接到通知之日起三十日内，未接到通知的应当在公告之日起六十日内，向投资人申报其债权。

第二十八条 个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

## 法条精解

本条主要考察的是个人独资企业的解散程序。

### 1. 清算人的产生（两种方式）

个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。

### 2. 责任消灭时效

个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

## 真题示例

1. (2004 - 3 - 34) 甲以个人财产设立一独资企业，后甲病故，其妻和其子女（均已满 18 岁）都明确表示不愿继承该企业，该企业只得解散。该企业解散时，应由谁进行清算？

- A. 应由其子女进行清算
- B. 应由其妻进行清算
- C. 应由其妻和其子女共同进行清算
- D. 应由债权人申请法院指定清算人进行清算

答案：D。

解析：《个人独资企业法》第 27 条。

2. (2003 - 3 - 59) 张某于 2000 年 3 月成立一家个人独资企业。同年 5 月，该企业与甲公司签订一份买卖合同，根据合同，该企业应于同年 8 月支付给甲公司货款 15 万元，后该企业一直未支付该款项。2001 年 1 月该企业解散。2003 年 5 月，甲公司起诉张某，要求张某偿还上述 15 万元债务。下列有关该案的表述哪些是错误的？

- A. 因该企业已经解散，甲公司的债权已经消灭
- B. 甲公司可以要求张某以其个人财产承担 15 万元的债务
- C. 甲公司请求张某偿还债务已超过诉讼时效，其请求不能得到支持
- D. 甲公司请求张某偿还债务的期限应于 2003 年 1 月届满

答案：ACD。

解析：根据《个人独资企业法》第 2 条、第 28 条。

# 《中外合资经营企业法》

## 重点法条

### 《中外合资经营企业法实施条例》

第三条 合营各方签订的合营协议、合同、章程，应报国家对外经济贸易主管部门（以下称审查批准机关）审查批准。审查批准机关应在三个月内决定批准或不批准。合营企业经批准后，向国家工商行政管理主管部门登记，领取营业执照，开始营业。

第十条 本条例所称合营企业协议，是指合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致意见而订立的文件；所称合营企业合同，是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的文件；所称合营企业章程，是指按照合营企业合同规定的原则，经合营各方一致同意，规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。

合营企业协议与合营企业合同有抵触时，以合营企业合同为准。

经合营各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

## 法条精解

本条主要考察的是中外合资经营企业的设立。

### 1. 中外合资经营企业的概念和特征

中外合资经营企业，是指中国经营者与外国经营者按照中国法律的规定，在中国境内共同投资、共同经营，并按投资比例分享利润、分担风险及亏损的企业。

中外合资经营企业的特征是：

（1）在中外合资经营企业的股东中，外方合营者包括外国的公司、企业、其他经济组织或者个人，中方合营者则为中国的公司、企业或者其他经济组织，不包括中国公民个人。

（2）中外各方依照出资比例分享利润，分担亏损，回收投资。

### 2. 中外合资经营企业的设立

#### （1）合营企业的协议、合同与章程

申请设立合营企业应由各方向审批机关报送签署的合营企业协议、合同和章程。

合营企业协议，是指合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致意见而订立的文件；合营企业合同，是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的文件；合营企业章程，是指按照合营企业合同规定的原则，经合营各方一致同意，规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。经合营各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

合营企业协议与合营企业合同有抵触时，以合营企业合同为准。原则上，章程的效力高于合同的效力。

合营各方签订的合同、章程，应报国家对外经济贸易主管部门审查批准才能正式生效。

#### （2）设立合营企业的审批与登记

国家对外经济贸易主管部门应自接到报送的全部文件之日起3个月内决定批准或不批准。合营企业经批准后，向国家工商行政管理主管部门登记，领取营业执照，开始营业。

## 真题示例

（2008-3-78）甲公司欲与某外国公司设立一中外合资经营企业，就相关事项咨询律师。下列哪些选项是错误的？

- A. 合资企业自审批机关批准之日起成立
- B. 合资企业章程中可以约定由公司总经理担任公司的法定代表人
- C. 合资企业作为有限责任公司应按照《公司法》规定设股东会作为其权力机构
- D. 合资企业合同只能约定按各方的出资比例分配利润

答案：ABC。

解析：在中国境内设立中外合资经营企业，必须经国务院对外经济贸易主管部门即商务部审查批准，发给批准文件。中外合资经营企业的营业执照签发日期即为该合资企业的成立日期，由此，A的说法错误，



当选。董事长是合资企业的法人代表，B 的说法错误，当选。董事会是合资企业的最高权力机构，由此，C 错误。D 的说法“合资企业合同只能约定按各方的出资比例分配利润”本身正确，不当选。所以本题正确答案是 ABC。

**重点法条**

第四条 合营企业的形式为有限责任公司。  
在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五。  
合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。  
合营者的注册资本如果转让必须经合营各方同意。

**【关联法条】**

**《中外合资经营企业法》**

第五条 合营企业各方可以现金、实物、工业产权等进行投资。  
外国合营者作为投资的技术和设备，必须确实是适合我国需要的先进技术和设备。如果有意以落后的技术和设备进行欺骗，造成损失的，应赔偿损失。  
中国合营者的投资可包括为合营企业经营期间提供的场地使用权。如果场地使用权未作为中国合营者投资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳使用费。  
上述各项投资应在合营企业的合同和章程中加以规定，其价格（场地除外）由合营各方评议商定。  
第十八条 合营企业的注册资本，是指为设立合营企业在登记管理机构登记的资本总额，应为合营各方认缴的出资额之和。

合营企业的注册资本一般应当以人民币表示，也可以用合营各方约定的外币表示。

第二十条 合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。

合营一方转让其全部或者部分股权时，合营他方有优先购买权。

合营一方向第三者转让股权的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。

违反上述规定的，其转让无效。

第二十二条 合营者可以用货币出资，也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。以建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术作为出资的，其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请合营各方同意的第三者评定。

**法条精解**

本条主要考察的是中外合资经营企业的组织形式与出资。

**1. 组织形式与注册资本**

合营企业为有限责任公司。合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限。

合营企业的注册资本和投资总额内容是：

**(1) 注册资本**

合营企业的注册资本，是指为设立合营企业在登记管理机构登记的资本总额，应为合营各方认缴的出资额之和。

合营企业在合营期内不得减少其注册资本。因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少的，须经审批机构批准。

在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于 25%。特殊情况需要低于该比例的，应报国务院审批。

合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。合营一方转让其全部或者部分股权时，合营他方有优先购买权。合营一方向第三者转让股权的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。

违反上述规定的，其转让无效。

**(2) 投资总额**

合营企业的投资总额（含企业借款），是指按照合营企业合同、章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。



## 2. 出资方式与出资期限

### (1) 合营企业合营各方的出资方式为：

① 合营者可以用货币出资，也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。以建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术作为出资的，其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请合营各方同意的第三者评定。

② 作为外国合营者出资的机器设备或者其他物料，应当是合营企业生产所必需的。机器设备或者其他物料的作价，不得高于同类机器设备或者其他物料当时的国际市场价格。

### ③ 作为外国合营者出资的工业产权或者专有技术，必须符合下列条件之一：

能显著改进现有产品的性能、质量，提高生产效率的；

能显著节约原材料、燃料、动力的。

外国合营者以工业产权或者专有技术作为出资，应当提交该工业产权或者专有技术的有关资料，包括专利证书或者商标注册证书的复制件、有效状况及其技术特性、实用价值、作价的计算根据、与中国合营者签订的作价协议等有关文件，作为合营合同的附件。

④ 中国合营者的投资可包括为合营企业经营期间提供的场地使用权。如果场地使用权未作为中国合营者投资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳使用费。

### (2) 合营企业合营各方的出资期限为：

① 合营合同中规定一次缴清出资的，合营各方应在营业执照签发之日起6个月内缴清；

② 合营合同规定分期缴付的，合营各方第一期出资不得低于各自认缴出资额的15%，并且应当在营业执照签发之日起3个月内缴清。

③ 合营各方未能在合营合同规定的上述期限内缴付出资的，视同合营企业自动解散，合营企业批准证书自动生效。

④ 合营一方未按照合同规定的期限如期缴付或者缴清其出资的，即构成违约，应当按合同规定支付迟延利息或者赔偿损失。

## 真题示例

(2007-3-74) 奔马电子有限公司为一家中美合资企业，外资方所罗门公司欲转让其一部分股权给另一美国公司。关于所罗门公司的部分股权转让行为，下列哪些选项是正确的？

A. 须中方同意

B. 不须经中方同意

C. 须报审批机关批准

D. 不须报审批机关批准

答案：AC。

解析：《中外合资经营企业法实施条例》第20条。

## 重点法条

第六条 合营企业设董事会，其人数组成由合营各方协商，在合同、章程中确定，并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长。董事会根据平等互利的原则，决定合营企业的重大问题。

董事会的职权是按合营企业章程规定，讨论决定合营企业的一切重大问题：企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业，以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师、审计师的任命或聘请及其职权和待遇等。

正副总经理（或正副厂长）由合营各方分别担任。

合营企业职工录用、辞退、报酬、福利、劳动保护、劳动保险等事项，应当依法通过订立合同加以规定。

### 【关联法条】

#### 《中外合资经营企业法实施条例》

第三十条 董事会是合营企业的最高权力机构，决定合营企业的一切重大问题。

第三十一条 董事会成员不得少于3人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。董事的任期为4年，经合营各方继续委派可以连任。

第三十二条 董事会会议每年至少召开1次，由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。经1/3以上董事提议，可以由董事长召开董事





会临时会议。

董事会会议应当有 2/3 以上董事出席方能举行。董事不能出席的，可以出具委托书委托他人代表其出席和表决。

董事会会议一般应当在合营企业法定地址所在地举行。

第三十三条 下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：

- (一) 合营企业章程的修改；
- (二) 合营企业的中止、解散；
- (三) 合营企业注册资本的增加、减少；
- (四) 合营企业的合并、分立。

其他事项，可以根据合营企业章程载明的议事规则作出决议。

## 法条精解

本条主要考察的是中外合营经营企业的组织机构及终止。

合营企业组织机构的内容为：

### 1. 合营企业的权力机构

合营企业不设股东会，董事会是合营企业的最高权力机构，按照合营企业章程的规定决定合营企业的一切重大问题。董事长是合营企业的法定代表人。

#### (1) 董事会的组成与任期

董事会成员不得少于 3 人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。

董事的任期为 4 年，经合营各方继续委派可以连任。

#### (2) 董事会会议

董事会会议每年至少召开 1 次，由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。经 1/3 以上董事提议，可以由董事长召开董事会临时会议。

董事会会议应当有 2/3 以上董事出席方能举行。董事不能出席的，可以出具委托书委托他人代表其出席和表决。

#### (3) 董事会决议

下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：①合营企业章程的修改；②合营企业的中止、解散；③合营企业注册资本的增加、减少；④合营企业的合并、分立。

### 2. 合营企业的经营管理机构

合营企业设经营管理机构，负责企业的日常经营管理工作。经营管理机构设总经理 1 人，副总经理若干人。副总经理协助总经理工作。总经理、副总经理由合营企业董事会聘请，可以由中国公民担任，也可以由外国公民担任。

总经理或者副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或者副总经理，不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争。

## 真题示例

(2009-3-75) 鲁南水泊公司欲与某国梁山公司在阳谷市设立一家中外合资企业，双方初步拟定的合作框架包括以下事项，其中哪些符合我国法律规定？

- A. 合资企业不设股东会，由董事会作为最高权力机构
- B. 合资企业合同文本采用英文
- C. 合资企业注册资本在企业成立时全部缴清
- D. 合资企业合同约定由瑞典斯德哥尔摩仲裁院仲裁解决纠纷

答案：ABCD。

解析：《中外合资经营企业法》第 6 条、第 15 条第 1 款、和《中外合资经营企业实施条例》第 11 条第 13 项、第 28 条。



## 《中外合资经营企业法实施条例》

第九十条 合营企业在下列情况下解散：

- (一) 合营期限届满；
- (二) 企业发生严重亏损，无力继续经营；
- (三) 合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；
- (四) 因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；
- (五) 合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途；
- (六) 合营企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。

前款第(二)、(四)、(五)、(六)项情况发生的，由董事会提出解散申请书，报审批机构批准；第(三)项情况发生的，由履行合同的一方提出申请，报审批机构批准。

在本条第一款第(三)项情况下，不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务一方，应当对合营企业由此造成的损失负赔偿责任。

## 法条精解

本条主要考察的是中外合营经营企业的终止。

合营企业的终止内容为：

## 1. 经营期限

合营企业的合营期限，按不同行业、不同情况，作不同的约定。有的行业的合营企业，应当约定合营期限；有的行业的合营企业，可以约定合营期限，也可以不约定合营期限。约定合营期限的合营企业、合营各方同意延长合营期限的，应当在距合营期满6个月前向审批机关提出申请。审批机关应自接到申请之日起1个月内决定批准或不批准。

## 2. 解散

合营企业在下列情况下解散：

- (1) 合营期限届满；
- (2) 企业发生严重亏损，无力继续经营；
- (3) 合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营；
- (4) 因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；
- (5) 合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途；
- (6) 合营企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。

上述第(2)、(4)、(5)、(6)项情况发生的，由董事会提出解散申请书，报审批机构批准；第(3)项情况发生的，由履行合同的一方提出申请，报审批机构批准。

在上述第(3)项情况下，不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务一方，应当对合营企业由此造成的损失负赔偿责任。

## 3. 清算

合营企业宣告解散时，应当成立清算委员会，由清算委员会负责清算事宜。

(1) 清算委员会的组成。清算委员会的成员一般应当在合营企业的董事中选任。董事不能担任或者不适合担任清算委员会成员时，合营企业可以聘请中国的注册会计师、律师担任。审批机构认为必要时，可以派人进行监督。清算费用和清算委员会成员的酬劳应当从合营企业现存财产中优先支付。

(2) 清算委员会的职责。清算委员会的任务是对合营企业的财产、债权、债务进行全面清查，编制资产负债表和财产目录，提出财产作价和计算依据，制定清算方案，提请董事会会议通过后执行。清算期间，清算委员会代表该合营企业起诉和应诉。

## 《中外合作经营企业法》

第二条 中外合作者举办合作企业，应当依照本法的规定，在合作企业合同中约定投资或者合作条件、



收益或者产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项。

合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。

## 法条精解

本条主要考察的是中外合作经营企业的概念、特征和设立要求。

### 1. 中外合作经营企业的概念与特征

(1) 概念。中外合作经营企业，是指中国合作者与外国合作者依照中国法律的规定，在中国境内共同举办的，按合作企业合同的约定分配收益或者产品、分担风险和亏损的企业。

(2) 特征。中外合作经营企业是契约式合营企业。中外合作企业的中国合作方和外国合作方按照合同确定双方的权利、义务，而不是按照股权比例确定双方的权利义务。

### 2. 中外合作经营企业的设立

申请设立合作企业，应当将中外合作者签订的协议、合同、章程等文件报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府审查批准。审查批准机关应当自接到申请之日起 45 天内决定批准或者不批准。

设立合作企业的申请经批准后，应当自接到批准证书之日起 30 天内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。合作企业的营业执照签发日期，为该企业的成立日期。

## 真题示例

(2003 - 3 - 57) 中国某企业与新加坡某公司拟在中国组建一家中外合作经营企业，双方草签了合同。合同中约定的下列事项中，哪些是我国法律所允许的？

- A. 合作企业注册资本 100 万美元，其中外方占 22%，中方占 78%
- B. 外方出资中包括一套价值 10 万美元的设备，于合作企业取得营业执照后 3 个月运抵企业所在地
- C. 中方出资中的 30 万美元为现金，由中方向银行借贷，合作企业以设备提供担保
- D. 合作企业头 5 年的利润分配，中外双方各按 50% 的比例进行分配

答案：ABD。

解析：根据《中外合作经营企业法》第 2 条、《中外合作经营企业法实施细则》第 19 条。

## 重点法条

第八条 中外合作者的投资或者提供的合作条件可以是现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。

### 【关联法条】

#### 《中外合作经营企业法实施细则》

第十八条 合作各方向合作企业的投资或者提供的合作条件可以是货币，也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。

中国合作者的投资或者提供的合作条件，属于国有资产的，应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。

在依法取得中国法人资格的合作企业中，外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的 25%。在不具有法人资格的合作企业中，对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求，由对外贸易经济合作部规定。

第十九条 合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者合作条件，对该投资或者合作条件不得设置抵押权或者其他形式的担保。

## 法条精解

本条主要考察的是合作企业的组织形式、出资要求和双方合作要求。

### 1. 组织形式与注册资本

(1) 组织形式。中外合作经营企业可以是具有法人资格的有限责任公司，除合作企业合同另有约定外，合作各方以其投资或者提供的合作条件为限对合作企业承担责任。合作企业以其全部资产对合作企业的债务承担责任。中外合作经营企业也可以是不具有法人资格的合伙。



(2) 注册资本。合作企业的注册资本,是指为设立合作企业,在工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和。注册资本以人民币表示,也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外币表示。合作企业注册资本在合作期限内不得减少。但是,因投资总额和生产经营规模等变化,确需减少的,须经审查批准机关批准。

## 2. 投资与合作条件

(1) 合作各方的出资比例。在依法取得中国法人资格的合作企业中,外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的25%。在不具有法人资格的合作企业中,对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求,由对外贸易经济主管部门规定。

(2) 合作各方的出资期限。合作各方应当根据合作企业的生产经营需要,依照有关法律、行政法规的规定,在合作企业合同中约定合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的期限。合作各方没有按照合作企业合同约定缴纳投资或者提供合作条件的,工商行政管理机关应当限期履行;限期届满仍未履行的,审查批准机关应当撤销合作企业的批准证书,工商行政管理机关应当撤销合作企业的营业执照,并予以公告。

(3) 合作各方的出资方式。中外合作者的投资或者提供的合作条件可以是现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。中外合作者的投资或者提供的合作条件,由中国注册会计师或者有关机构验证并出具证明。合作各方应当以其自有的财产或者财产权利作为投资或者合作条件,对该投资或者合作条件不得设置抵押权或者其他形式的担保。

### 重点法条

第二十一条 中外合作者依照合作企业合同的约定,分配收益或者产品,承担风险和亏损。

中外合作者在合作企业合同中约定合作期满后合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的,可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。

合作企业合同约定外国合作者在缴纳所得税前回收投资的,必须向财政税务机关提出申请,由财政税务机关依照国家有关税收的规定审查批准。

依照前款规定外国合作者在合作期限内先行回收投资的,中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定对合作企业的债务承担责任。

### 【关联法条】

#### 《中外合作经营企业法》

第二十二条 外国合作者在履行法律规定和合作企业合同约定的义务后分得的利润、其他合法收入和合作企业终止时分得的资金,可以依法汇往国外。

合作企业的外籍职工的工资收入和其他合法收入,依法缴纳个人所得税后,可以汇往国外。

### 法条精解

本条主要考察的是合作企业收益分配和投资收回的相关规定。

#### 1. 合作企业收益或产品的分配

中外合作者依照合作企业合同的约定,分配收益或者产品,承担风险和亏损。中外合作者可以采用分配利润、分配产品或者合作各方共同商定的其他方式分配收益。

#### 2. 合作企业外国合作者投资的收回

中外合作者在合作企业合同中约定合作期满后合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的,可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。

### 重点法条

第十二条 合作企业应当设立董事会或者联合管理机构,依照合作企业合同或者章程的规定,决定合作企业的重大问题。中外合作者的一方担任董事会的董事长、联合管理机构的主任的,由他方担任副董事长、副主任。董事会或者联合管理机构可以决定任命或者聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对董事会或者联合管理机构负责。

合作企业成立后改为委托中外合作者以外的他人经营管理的,必须经董事会或者联合管理机构一致同意,报审查批准机关批准,并向工商行政管理机关办理变更登记手续。





## 【关联法条】

### 《中外合作经营企业法实施细则》

第二十五条 董事会或者联合管理委员会成员不得少于3人，其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定。

第二十六条 董事会董事或者联合管理委员会委员由合作各方自行委派或者撤换。董事会董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的产生办法由合作企业章程规定；中外合作者的一方担任董事长、主任的，副董事长、副主任由他方担任。

第二十七条 董事或者委员的任期由合作企业章程规定；但是，每届任期不得超过3年。董事或者委员任期届满，委派方继续委派的，可以连任。

## 法条精解

本条主要考察的是合作企业的组织机构。

合作企业应当设立董事会或者联合管理机构，依照合作企业合同或者章程的规定，决定合作企业的重大问题。合作企业也可以委托中外合作者以外的他人经营管理。

### 1. 董事会制

具有法人资格的中外合作企业，一般实行董事会制。董事会是合作企业的最高权力机构。中外合作者的一方担任董事会的董事长的，由他方担任副董事长。

### 2. 联合管理制

不具有法人资格的合作企业，一般实行联合管理制。联合管理机构由合作各方代表组成，是合作企业的最高权力机构。中外合作者的一方担任联合管理机构主任的，由他方担任副主任。

### 3. 委托管理制

经合作各方一致同意，合作企业可以委托中外合作一方进行经营管理，另一方不参加管理；也可以委托合作方以外的第三方经营管理企业。

### 4. 议事规则

董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开1次。由董事长或者主任召集并主持。董事长或者主任因特殊原因不能履行职务时，由董事长或者主任指定副董事长、副主任或者其他董事委员召集并主持。1/3以上董事或者委员可以提议召开董事会会议或者联合管理委员会会议。

董事会会议或者联合管理委员会会议应当有2/3以上董事或者委员出席方能举行，不能出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员应当书面委托他人代表其出席和表决。

董事会会议或者联合管理委员会会议作出决议，须经全体董事或者委员的过半数通过。

董事或者委员无正当理由不参加又不委托他人代表其参加董事会会议或者联合管理委员会会议的，视为出席董事会会议或者联合管理委员会会议并在表决中弃权。

召开董事会会议或者联合管理委员会会议，应当在会议召开的10天前通知全体董事或者委员。董事会或者联合管理委员会也可以通讯的方式作出决议。

下列事项由出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过，方可作出决议：

- (1) 合作企业章程的修改；
- (2) 合作企业注册资本的增加或者减少；
- (3) 合作企业的解散；
- (4) 合作企业的资产抵押；
- (5) 合作企业合并、分立和变更组织形式；
- (6) 合作各方约定由董事会会议或者联合管理委员会会议一致通过方可作出决议的其他事项。

## 真题示例

(2005-3-28) 甲公司（中方）与某国乙公司（外方）拟在深圳共同设立一中外合作经营企业，某律师受聘为双方起草一份《合作经营合同》。该律师起草的下列哪一合同条款违反了我国法律规定？

- A. 任何一方未经对方同意，都不得转让合作合同的部分或全部权利、义务
- B. 合作企业的董事长和副董事长由中方担任，总经理和副总经理由外方担任
- C. 合作企业的财务会计账簿只能设在中国境内



D. 合作企业的利润先由外方收回投资本息，在合作期满时企业固定资产归中方所有

答案：B。

解析：《中外合作经营企业法》第10条、第12条、第15条、第21条。

### 重点法条

第二十四条 合作企业的合作期限由中外合作者协商并在合作企业合同中订明。中外合作者同意延长合作期限的，应当在距合作期满一百八十天前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当自接到申请之日起三十天内决定批准或者不批准。

#### 【关联法条】

#### 《中外合作经营企业法》

第二十三条 合作企业期满或者提前终止时，应当依照法定程序对资产和债权、债务进行清算。中外合作者应当依照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。

合作企业期满或者提前终止，应当向工商行政管理机关和税务机关办理注销登记手续。

### 法条精解

本条主要考察的是合作企业的终止制度。

#### 1. 期限

合作企业的期限由中外合作者协商确定，并在合作企业合同中订明。合作企业期限届满，合作各方协商同意要求延长合作期限的，应当在期限届满的180天前向审查批准机关提出申请，说明原合作企业合同执行情况，延长合同期限的原因，同时报送合作各方就延长的期限内各方的权利、义务等事项所达成的协议。审查批准机关应当自接到申请之日起30天内，决定批准或者不批准。

合作企业合同约定外国合作者先行回收投资，并且投资已经回收完毕的，合作企业期限届满不再延长；但是，外国合作者增加投资的，经合作各方协商同意，可以向审查批准机关申请延长合作期限。

#### 2. 解散

合作企业因下列情形之一出现时解散：

- (1) 合作期限届满；
- (2) 合作企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营；
- (3) 中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营；
- (4) 合作企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现；
- (5) 合作企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。

## 《外资企业法》

### 重点法条

第二条 本法所称的外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业，不包括外国的企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。

#### 【关联法条】

#### 《外资企业法》

第八条 外资企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。

#### 《外资企业法实施细则》

第十八条 外资企业的组织形式为有限责任公司。经批准也可以为其他责任形式。

外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。

外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

### 法条精解

本条主要考察的是外资企业的概念与特征。



## 1. 概念

外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业。

## 2. 特征

- (1) 外资企业的全部资本都是由外国投资者投资的。
- (2) 外资企业是中国籍企业，不同于外国的企业。
- (3) 外资企业是独立的企业，不同于其他经济组织在中国境内的分支机构。

## 重点法条

第四条 外国投资者在中国境内的投资、获得的利润和其他合法权益，受中国法律保护。

外资企业必须遵守中国的法律、法规，不得损害中国的社会公共利益。

### 【关联法条】

#### 《外资企业法》

第十六条 外资企业的各项保险应当向中国境内的保险公司投保。

#### 《外资企业法实施细则》

第二十条 外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。外资企业的注册资本要与其经营规模相适应，注册资本与投资总额的比例应当符合中国有关规定。

第二十三条 外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案。

第二十五条 外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。

经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

## 法条精解

本条主要考察的是外资企业的组织形式与注册资本及对外国投资者出资的特殊要求。

### 1. 外资企业的组织形式

外资企业的组织形式为有限责任公司，经批准也可以为其他责任形式。

外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

### 2. 外资企业的注册资本

外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。其具体内容有：

(1) 外资企业在经营期内不得减少其注册资本。但是，因投资总额和生产经营规模等发生变化，确需减少的，须经审批机关批准。

(2) 外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

(3) 外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案。

(4) 外资企业的各项保险应当向中国境内的保险公司投保。

### 3. 外国投资者的出资方式与出资期限

#### (1) 出资方式

① 外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的，该工业产权、专有技术应当为外国投资者所有。该工业产权、专有技术的作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%。

② 外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

#### (2) 出资期限

外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴出资额的 15%，并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴清。

外国投资者未能在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴付第一期出资的，或第一期出资后的其他各



期的出资无正当理由逾期 30 天不缴付的，外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照；不办理注销登记手续和缴销营业执照的，由工商行政管理机关吊销其营业执照，并予以公告。

### 真题示例

（2004 - 3 - 27）某外商独资企业经 S 市人民政府批准成立。现该企业欲以其厂房作抵押，向某银行贷款 1000 万元。该企业之抵押行为符合下列哪一选项才有效？

- A. 须经注册登记的工商行政管理机关批准
- B. 须经中国人民银行批准
- C. 须经国务院对外经济贸易主管部门批准
- D. 须经 S 市人民政府批准并报工商行政管理机关备案

答案：D。

解析：《外资企业法实施细则》第 23 条规定，外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关备案。所以选择 D。

### 重点法条

第七条 设立外资企业的申请经批准后，外国投资者应当在接到批准证书之日起三十天内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。外资企业的营业执照签发日期，为该企业成立日期。

#### 【关联法条】

#### 《外资企业法实施细则》

第七十一条 外资企业的经营期限，从其营业执照签发之日起计算。外资企业经营期满需要延长经营期限的，应当在距经营期满 180 天前向审批机关报送延长经营期限的申请书。审批机关应当在收到申请书之日起 30 天内决定批准或者不批准。外资企业经批准延长经营期限的，应当自收到批准延长期限文件之日起 30 天内，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

### 法条精解

本条主要考察的是外资企业的经营期限。

外资企业的经营期限，从其营业执照签发之日起计算。外资企业经营期满需要延长经营期限的，应当在距经营期满 180 天前向审批机关报送延长经营期限的申请书。审批机关应当在收到申请书之日起 30 天内决定批准或者不批准。

### 重点法条

第二十一条 外资企业终止，应当及时公告，按照法定程序进行清算。

在清算完结前，除为了执行清算外，外国投资者对企业财产不得处理。

#### 【关联法条】

#### 《外资企业法》

第二十二条 外资企业终止，应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照。

#### 《外资企业法实施细则》

第七十二条 外资企业有下列情形之一的，应予终止：

- （一）经营期限届满；
- （二）经营不善，严重亏损，外国投资者决定解散；
- （三）因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失，无法继续经营；
- （四）破产；
- （五）违反中国法律、法规，危害社会公共利益被依法撤销；
- （六）外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业如存在前款第（二）、（三）、（四）项所列情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关核准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。





本条主要考察的是外资企业的终止制度。

### 1. 终止的原因

外资企业有下列情形之一的，应予终止：

- (1) 经营期限届满；
- (2) 经营不善，严重亏损，外国投资者决定解散；
- (3) 因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失，无法继续经营；
- (4) 破产；
- (5) 违反中国法律、法规，危害社会公共利益被依法撤销；
- (6) 外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业如存在上述第(2)、(3)、(4)项所列情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关核准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

### 2. 清算

(1) 外资企业依照上述第(1)、(2)、(3)、(6)项的规定终止的，应当在终止之日起15天内对外公告并通知债权人，并在终止公告发出之日起15天内，提出清算程序、原则和清算委员会人选，报审批机关审核后进入清算。

(2) 清算委员会应当由外资企业的法定代表人、债权人代表以及有关主管机关的代表组成，并聘请中国的注册会计师、律师等参加。清算费用从外资企业现存财产中优先支付。

(3) 清算委员会行使下列职权：①召集债权人会议；②接管并清理企业财产，编制资产负债表和财产目录；③提出财产作价和计算依据；④制定清算方案；⑤收回债权和清偿债务；⑥追回股东应缴而未缴的款项；⑦分配剩余财产；⑧代表外资企业起诉和应诉。

(4) 外资企业在清算结束之前，外国投资者不得将该企业的资金汇出或者携出中国境外，不得自行处理企业的财产。

(5) 外资企业清算处理财产时，在同等条件下，中国的企业或者其他经济组织有优先购买权。

## 真题示例

(2004-3-67) 某外商独资企业因经营期满而进入清算，清算组从成立至清算终结前实施的哪些行为是违法的？

- A. 从外资企业的现存财产中优先支付了清算费用
- B. 未聘请在中国注册的会计师参加
- C. 同意外商留足偿债财产后将其余财产携带出境
- D. 不顾中国企业的同等出价将设备售给外国公司

答案：BCD。

解析：《外资企业法实施细则》第74条、第76条第1款。

## 《企业破产法》

### 重点法条

第二条 企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。

企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。

## 法条精解

本条主要考察的是破产受案的范围和破产原因。

### 1. 受案范围

企业法人具有破产原因可以适用本法。也就是说，不具有法人资格的企业（如合伙企业和个人独资企



业)以及非企业组织(如律师事务所)不适用破产法。

## 2. 破产原因

破产原因即破产界限,是债权人和债务人向人民法院提出债务人破产申请,从而得以启动破产程序的法定原因或界限。破产法规定的破产原因有如下两种标准:

(1)不能清偿到期债务,即债务人所欠债权人债务的期限已经届满,并未实际履行该债务的情形。并且,资产不足以清偿全部债务,即资不抵债。

(2)不能清偿到期债务,即债务人所欠债权人债务的期限已经届满,并未实际履行该债务的情形。并且,明显缺乏清偿能力,即债务人的资产状况表明其明显不具有清偿全部债务的能力。

此外,如果债务人具有上述两种情况或者有明显丧失清偿能力可能的,可以依照破产法进行重整。

## 重点法条

第七条 债务人有本法第二条规定的情形,可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。

债务人不能清偿到期债务,债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。

企业法人已解散但未清算或者未清算完毕,资产不足以清偿债务的,依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

## 法条精解

本条主要考察的是破产申请的相关制度。

### 1. 破产申请的提出

(1)债权人申请。债务人不能清偿到期债务,债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。债权人不能直接向法院申请与债务人破产和解,这意味着债权人没有破产和解的申请权,而不是被禁止向债务人提出和解。

(2)债务人申请。债务人具有破产法规定的破产原因,可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。债务人依法有权发起对自己的破产程序,性质上属于债务人自愿清算。

(3)对债务人负有清算责任的人的申请。企业法人已解散但未清算或者未清算完毕,资产不足以清偿债务的,依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

依法负有清算责任的人一般包括债务人的股东、董事和高管等,这种申请是他们的一项义务。

### 2. 破产申请中的相关资料

向人民法院提出破产申请,应当提交破产申请书和有关证据。破产申请书应当载明下列事项:①申请人、被申请人的基本情况;②申请目的;③申请的事实和理由;④人民法院认为应当载明的其他事项。

债务人提出申请的,还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

### 3. 破产申请的撤回

人民法院受理破产申请前,申请人可以请求撤回申请。

## 重点法条

第十条 债权人提出破产申请的,人民法院应当自收到申请之日起五日内通知债务人。债务人对申请有异议的,应当自收到人民法院的通知之日起七日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起十日内裁定是否受理。

除前款规定的情形外,人民法院应当自收到破产申请之日起十五日内裁定是否受理。

有特殊情况需要延长前两款规定的裁定受理期限的,经上一级人民法院批准,可以延长十五日。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第十六条 人民法院受理破产申请后,债务人对个别债权人的债务清偿无效。

第十七条 人民法院受理破产申请后,债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。

债务人的债务人或者财产持有人故意违反前款规定向债务人清偿债务或者交付财产,使债权人受到损失的,不免除其清偿债务或者交付财产的义务。



本条主要考察的是破产申请的受理制度。

### 1. 受理的程序

(1) 受理时限。债权人提出破产申请的, 人民法院应当自收到申请之日起五日内通知债务人。债务人对申请有异议的, 应当自收到人民法院的通知之日起7日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起10日内裁定是否受理。除此之外, 人民法院应当自收到破产申请之日起15日内裁定是否受理。有特殊情况需要延长上述规定的裁定受理期限的, 经上一级人民法院批准, 可以延长15日。

(2) 受理裁定的送达。①人民法院受理破产申请的, 应当自裁定作出之日起5日内送达申请人。②债权人提出申请的, 人民法院应当自裁定作出之日起5日内送达债务人。债务人应当自裁定送达之日起15日内, 向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

(3) 不予受理和驳回申请。①人民法院裁定不予受理破产申请的, 应当自裁定作出之日起5日内送达申请人并说明理由。申请人对裁定不服的, 可以自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。②人民法院受理破产申请后至破产宣告前, 经审查发现债务人不符合破产原因规定情形的, 可以裁定驳回申请。申请人对裁定不服的, 可以自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

### 2. 受理的后果

(1) 指定管理人。人民法院裁定受理破产申请的, 应当同时指定管理人。

(2) 通知债权人并公告。为了保证债权人能够及时行使权利, 人民法院应当自裁定受理破产申请之日起25日内通知已知债权人, 并予以公告。通知和公告应当载明下列事项: ①申请人、被申请人的名称或者姓名; ②人民法院受理破产申请的时间; ③申报债权的期限、地点和注意事项; ④管理人的名称或者姓名及其处理事务的地址; ⑤债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产的要求; ⑥第一次债权人会议召开的时间和地点; ⑦人民法院认为应当通知和公告的其他事项。

(3) 债务人有关人员的义务。自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产程序终结之日, 债务人的有关人员承担下列义务: ①妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料; ②根据人民法院、管理人的要求进行工作, 并如实回答询问; ③列席债权人会议并如实回答债权人的询问; ④未经人民法院许可, 不得离开住所地; ⑤不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。上述所称有关人员, 是指企业的法定代表人; 经人民法院决定, 可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员。

(4) 破产冻结。①清偿冻结: 为保护全体债权人的共同利益, 人民法院受理破产申请后, 债务人对个别债权人的债务清偿无效。②执行冻结: 人民法院受理破产申请后, 有关债务人财产的保全措施应当解除, 执行程序应当中止。③诉讼冻结: 人民法院受理破产申请后, 已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止; 在管理人接管债务人的财产后, 该诉讼或者仲裁继续进行。

(5) 对债务人财产的保护。人民法院受理破产申请后, 债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。债务人的债务人或者财产持有人故意违反此项规定向债务人清偿债务或者交付财产, 使债权人受到损失的, 不免除其清偿债务或者交付财产的义务。

(6) 未履行完毕合同的处理。人民法院受理破产申请后, 管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行, 并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人, 或者自收到对方当事人催告之日起30日内未答复的, 视为解除合同。

管理人决定继续履行合同的, 对方当事人应当履行; 但是, 对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的, 视为解除合同。

### 真题示例

(2008-3-73) 甲公司向乙银行贷款100万元, 由A公司和B公司作为共同保证人, 并以甲公司的厂房作抵押担保。其后, 甲公司因严重资不抵债而向法院申请破产。法院裁定受理破产申请, 并指定了破产管理人。下列哪些选项是正确的?

A. 管理人可以优先清偿乙银行的债务

B. 如A公司已代甲公司偿还了乙银行贷款, 则其可向管理人申报100万元债权



- C. 如乙银行不申报债权, 则 A 公司或 B 公司均可向管理人申报 100 万元债权  
D. 如乙银行已申报债权并获 40 万元分配, 则剩余 60 万债权因破产程序终结而消灭

答案: BC。

解析: 《企业破产法》第 16 条、第 51 条、第 110 条。

## 重点法条

第二十二条 管理人由人民法院指定。

债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的, 可以申请人民法院予以更换。

指定管理人和确定管理人报酬的办法, 由最高人民法院规定。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第二十三条 管理人依照本法规定执行职务, 向人民法院报告工作, 并接受债权人会议和债权人委员会的监督。

管理人应当列席债权人会议, 向债权人会议报告职务执行情况, 并回答询问。

第二十四条 管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。

人民法院根据债务人的实际情况, 可以在征询有关社会中介机构的意见后, 指定该机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人。

有下列情形之一的, 不得担任管理人:

- (一) 因故意犯罪受过刑事处罚;
- (二) 曾被吊销相关专业执业证书;
- (三) 与本案有利害关系;
- (四) 人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。

个人担任管理人的, 应当参加执业责任保险。

第二十五条 管理人履行下列职责:

- (一) 接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料;
- (二) 调查债务人财产状况, 制作财产状况报告;
- (三) 决定债务人的内部管理事务;
- (四) 决定债务人的日常开支和其他必要开支;
- (五) 在第一次债权人会议召开之前, 决定继续或者停止债务人的营业;
- (六) 管理和处分债务人的财产;
- (七) 代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序;
- (八) 提议召开债权人会议;
- (九) 人民法院认为管理人应当履行的其他职责。

本法对管理人的职责另有规定的, 适用其规定。

## 法条精解

本条主要考察的是管理人制度。

管理人, 即破产管理人, 在破产程序中作为破产财产的代表, 行使破产法规定的权利, 承担法定义务。

### 1. 管理人的产生与解任

- (1) 管理人由人民法院指定。
- (2) 债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的, 可以申请人民法院予以更换。

### 2. 对管理人的监督

- (1) 管理人依法执行职务, 向人民法院报告工作。
- (2) 管理人应当列席债权人会议, 向债权人会议报告职务执行情况, 并回答询问, 接受债权人会议和债权人委员会的监督。







### 3. 管理人的人选

管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。人民法院根据债务人的实际情况，可以在征询有关社会中介机构的意见后，指定该机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人。

有下列情形之一的，不得担任管理人：①因故意犯罪受过刑事处罚；②曾被吊销相关专业执业证书；③与本案有利害关系；④人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。

### 4. 管理人的职责

管理人的职责包括：①接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；②调查债务人财产状况，制作财产状况报告；③决定债务人的内部管理事务；④决定债务人的日常开支和其他必要开支；⑤在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；⑥管理和处分债务人的财产；⑦代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；⑧提议召开债权人会议；⑨人民法院认为管理人应当履行的其他职责。

### 5. 管理人的辞职

管理人没有正当理由不得辞去职务。管理人辞去职务应当经人民法院许可。

## 真题示例

1. (2007-3-28) 千叶公司因不能清偿到期债务，被债权人百草公司申请破产，法院指定甲律师事务所为管理人。下列哪一选项是错误的？

- A. 甲律师事务所租赁百草公司酒店用作管理人办公室的行为不违反破产法的规定
- B. 甲律师事务所所有权处分千叶公司的财产
- C. 甲律师事务所所有权因担任管理人而获得报酬
- D. 如甲律师事务所不能胜任职务，债权人会议有权罢免其管理人资格

答案：D。

解析：《企业破产法》第22条、第25条第6项。

2. (2009-3-76) 某破产案件中，债权人向法院提出更换管理人的申请。申请书中指出了如下事实，其中哪些属于主张更换管理人的正当事由？

- A. 管理人列席债权人会议时，未如实报告债务人财产接管情况，并拒绝回答部分债权人询问
- B. 管理人将债务人的一处房产转让给第三人，未报告债权人委员会
- C. 债权人对债务人在破产申请前曾以还债为名向关联企业划转大笔资金的情况多次要求调查，但管理人一再拖延
- D. 管理人将对外追收债款的诉讼业务交给其所在律师事务所办理，并单独计收代理费

答案：ABC。

解析：《企业破产法》第22条第2款、第23条、第24条、第33条第1项、第69条第1项。

## 重点法条

第三十条 破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第三十一条 人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：

- (一) 无偿转让财产的；
- (二) 以明显不合理的价格进行交易的；
- (三) 对没有财产担保的债务提供财产担保的；
- (四) 对未到期的债务提前清偿的；
- (五) 放弃债权的。

第三十二条 人民法院受理破产申请前六个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。

第三十三条 涉及债务人财产的下列行为无效：

- (一) 为逃避债务而隐匿、转移财产的;
- (二) 虚构债务或者承认不真实的债务的。

第三十四条 因本法第三十一条、第三十二条或者第三十三条规定的行为而取得的债务人的财产, 管理人有权追回。

第三十五条 人民法院受理破产申请后, 债务人的出资人尚未完全履行出资义务的, 管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资, 而不受出资期限的限制。

第三十八条 人民法院受理破产申请后, 债务人占有的不属于债务人的财产, 该财产的权利人可以通过管理人取回。但是, 本法另有规定的除外。

第三十九条 人民法院受理破产申请时, 出卖人已将买卖标的物向作为买受人的债务人发运, 债务人尚未收到且未付清全部价款的, 出卖人可以取回在途中的标的物。但是, 管理人可以支付全部价款, 请求出卖人交付标的物。

第四十条 债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的, 可以向管理人主张抵销。但是, 有下列情形之一的, 不得抵销:

- (一) 债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的;
- (二) 债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实, 对债务人负担债务的; 但是, 债权人因为法律规定或者有破产申请1年前所发生的原因而负担债务的除外;
- (三) 债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实, 对债务人取得债权的; 但是, 债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。

## 法条精解

本条主要考察的是债务人财产保护制度。

### 1. 概念与范围

债务人财产是供破产债权人分配的破产企业的财产。破产申请受理时属于债务人的全部财产, 以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产, 为债务人财产。

### 2. 对债务人财产的保护

(1) 撤销权。撤销权又称否认权, 是管理人对于债务人在法院受理破产申请前一定期限内所为的有损于债务人财产从而损害破产债权人利益的行为, 有权请求法院撤销, 使其归于无效的权利。具体来说, 人民法院受理破产申请前1年内, 涉及债务人财产的下列行为, 管理人有权请求人民法院予以撤销: ①无偿转让财产的; ②以明显不合理的价格进行交易的; ③对没有财产担保的债务提供财产担保的; ④对未到期的债务提前清偿的; ⑤放弃债权的。

人民法院受理破产申请前6个月内, 债务人存在破产原因, 仍对个别债权人进行清偿的, 管理人有权请求人民法院予以撤销。但是, 个别清偿使债务人财产受益的除外。

(2) 破产无效行为。涉及债务人财产的下列行为无效: ①为逃避债务而隐匿、转移财产的; ②虚构债务或者承认不真实的债务的。

(3) 管理人的追回权: ①管理人对于因可撤销行为、个别优先清偿行为、破产无效行为而转移的财产有权追回。②人民法院受理破产申请后, 债务人的出资人尚未完全履行出资义务的, 管理人对于该出资人认缴而未缴的出资应当追回, 而不受出资期限的限制。③管理人对于债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产应当追回。

(4) 管理人取回担保物。人民法院受理破产申请后, 管理人可以通过清偿债务或者提供为债权人接受的担保, 取回质物、留置物。该债务清偿或者替代担保, 在质物或者留置物的价值低于被担保的债权额时, 以该质物或者留置物当时的市场价值为限。

(5) 取回权。取回权是指管理人占有不属于破产财产的他人财产, 该财产的权利人可以不经破产清算程序, 而经管理人同意将其直接取回的权利。

① 一般取回权: 人民法院受理破产申请后, 债务人占有的不属于债务人的财产, 该财产的权利人可以通过管理人取回。

② 特殊取回权: 人民法院受理破产申请时, 出卖人已将买卖标的物向作为买受人的债务人发运, 债务人尚未收到且未付清全部价款的, 出卖人可以取回在途中的标的物。但是, 管理人可以支付全部价款, 请求出卖人交付标的物。



(6) 抵销权。破产法上的抵销是指,在破产案件受理前,破产债权人对破产人同时负有债务的,不论其债权同所负债务的种类是否相同,也不论其债权是否已经到期,破产债权人有权不依破产程序而以自己所享有的破产债权与其所负债务进行抵销。

债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的,可以向管理人主张抵销。但是,有下列情形之一的,不得抵销:

- ① 债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的;
- ② 债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人负担债务的;但是,债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外;
- ③ 债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人取得债权的;但是,债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。

### 真题示例

1. (2007-3-29) 绿杨公司因严重资不抵债向法院申请破产,法院已经受理其申请。根据《企业破产法》的规定,在法院已经受理破产申请、尚未宣告绿杨公司破产之时,下列哪一项财产不构成债务人财产?

- A. 绿杨公司享有的未到期债权
- B. 管理人撤销绿杨公司 6 个月前以明显不合理价格进行交易涉及的财产
- C. 绿杨公司所有但已设定抵押的财产
- D. 绿杨公司购买的正在运输途中的但尚未付清货款的货物

答案: D。

解析: 根据《企业破产法》第 30 条关于债务人财产的概念规定, A 选项中的债权和 C 选项中绿杨公司所有但已设定抵押的财产都属于债务人财产。根据《企业破产法》第 31 条规定, B 选项中绿杨公司 6 个月前以明显不合理的价格进行交易涉及的财产, 管理人有权通过撤销交易追回, 其也属于债务人财产。根据《企业破产法》第 39 条的规定, 在 D 项中, 除非管理人支付全部价款, 否则绿杨公司对该批货物不享所有权, 发货人可以取回运输途中的货物。所以本题正确答案是 D。

2. (2009-3-29) 甲公司严重资不抵债, 因不能清偿到期债务向法院申请破产。下列哪一财产属于债务人财产?

- A. 甲公司购买的一批在途货物, 但尚未支付货款
- B. 甲公司从乙公司租用的一台设备
- C. 属于甲公司但已抵押给银行的一处厂房
- D. 甲公司根据代管协议合法占有的委托人丙公司的两处房产

答案: C。

解析: 本题考核破产财产的确定。根据《企业破产法》第 39 条规定, 在运输途中且债务人还没有支付货款的货物属于出卖人的财产, 出卖人可以行使取回权, 不属于债务人的财产。因此, A 项错误。《合同法》第 242 条规定, 出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的, 租赁物不属于破产财产。因此, B 项错误。债务人已经设定担保的财产属于债务人的财产。因此, C 项正确。委托保管合同中, 标的物的所有权属于委托人, 而非保管人。甲公司根据代管协议合法占有房产的所有权是委托人丙公司的, 而非甲公司的, 该房产不属于破产财产。因此, D 项错误。本题正确答案是 C。

### 重点法条

第四十一条 人民法院受理破产申请后发生的下列费用, 为破产费用:

- (一) 破产案件的诉讼费用;
- (二) 管理、变价和分配债务人财产的费用;
- (三) 管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

【关联法条】

《企业破产法》

第四十二条 人民法院受理破产申请后发生的下列债务, 为共益债务:

- (一) 因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务;
- (二) 债务人财产受无因管理所产生的债务;



- (三) 因债务人不当得利所产生的债务;
- (四) 为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务;
- (五) 管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务;
- (六) 债务人财产致人损害所产生的债务。

第四十三条 破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。

债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的, 先行清偿破产费用。

债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的, 按照比例清偿。

债务人财产不足以清偿破产费用的, 管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序, 并予以公告。

## 法条精解

本条主要考察的是破产费用和共益债务制度。

### 1. 破产费用的含义与范围

(1) 含义。破产费用是破产事务中人民法院受理破产案件所收取的案件受理处理费用以及管理人在处理破产事务中所开支的费用与收取报酬的总和。

(2) 范围。人民法院受理破产申请后发生的下列费用, 为破产费用: ①破产案件的诉讼费用; ②管理、变价和分配债务人财产的费用; ③管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

### 2. 共益债务的含义与范围

(1) 含义。共益债务是从债务人财产的角度作出的界定, 指破产程序中为全体债权人的共同利益由债务人财产及其管理人而产生的债务。

(2) 范围。人民法院受理破产申请后发生的下列债务, 为共益债务: ①因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务; ②债务人财产受无因管理所产生的债务; ③因债务人不当得利所产生的债务; ④为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务; ⑤管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务; ⑥债务人财产致人损害所产生的债务。

### 3. 破产费用和共益债务的清偿

(1) 清偿顺序。破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的, 先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的, 按照比例清偿。

(2) 债务人财产不足以清偿破产费用时的处理。债务人财产不足以清偿破产费用的, 管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起 15 日内裁定终结破产程序, 并予以公告。

## 重点法条

第四十六条 未到期的债权, 在破产申请受理时视为到期。

附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第四十五条 人民法院受理破产申请后, 应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算, 最短不得少于三十日, 最长不得超过三个月。

第四十七条 附条件、附期限的债权和诉讼、仲裁未决的债权, 债权人可以申报。

第五十六条 在人民法院确定的债权申报期限内, 债权人未申报债权的, 可以在破产财产最后分配前补充申报; 但是, 此前已进行的分配, 不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用, 由补充申报人承担。

债权人未依照本法规定申报债权的, 不得依照本法规定的程序行使权利。

第五十八条 依照本法第五十七条规定编制的债权表, 应当提交第一次债权人会议核查。

债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的, 由人民法院裁定确认。

债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的, 可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。

## 法条精解

本条主要考察的是破产债权制度的相关规定。







债权在破产程序中即为破产债权，指债权人对债务人享有的某种财产请求权，从程序的角度说，是债权人依破产程序申报并依程序受偿的财产请求权；从实体法的角度看，是在破产程序开始前成立的对债务人享有的金钱债权或能以金钱评价的债权。

破产债权的特点为：①破产债权是一种财产请求权。②破产债权一般应于破产程序开始前成立。③破产债权能够强制执行。④破产债权要依破产程序申报并行使。

破产债权申报的具体内容为：

#### 1. 债权的申报及期限

人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照法定程序向管理人申报债权。

人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于30日，最长不得超过3个月。

#### 2. 债权的范围

(1) 未到期债权。未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。债权附利息的自破产申请受理时起停止计息。

(2) 附条件、附期限的债权和诉讼、仲裁未决的债权，债权人可以申报。

(3) 劳动债权。债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，不必申报，由管理人调查后列出清单并予以公示。职工对清单记载有异议的，可以要求管理人更正；管理人不予更正的，职工可以向人民法院提起诉讼。

(4) 成立于破产程序开始前的无财产担保债权。

(5) 连带债权。连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报债权，也可以共同申报债权。

(6) 保证人或其他连带债务人的求偿权。债务人的保证人或者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。

债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务的，除非债权人已经向管理人申报全部债权，以其对债务人的将来求偿权申报债权。

(7) 因解除双务合同而产生的债权。管理人或者债务人依照破产法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。

(8) 委托合同中受托人的请求权。债务人是委托合同的委托人，被裁定适用破产程序的，受托人不知该事实，继续处理委托事务的，受托人以由此产生的请求权申报债权。

(9) 因票据关系产生的债权。债务人是票据的出票人，被裁定适用破产程序的，该票据的付款人继续付款或者承兑的，付款人以由此产生的请求权申报债权。

#### 3. 未按期申报债权的处理

在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申报债权的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。

债权人未依照破产法规定申报债权的，不得依照破产法规定的程序行使权利。

#### 4. 债权调查

已经申报的债权应当提交第一次债权人会议核查。债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的，由人民法院裁定确认。债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。

### 真题示例

1. (1999-3-59) 皇都大酒店于1999年3月2日被宣告破产。在破产程序中提出的下列给付请求，哪些能够成为破产债权？

A. 某女士于1998年3月被该酒店保安人员打伤（执行保安职务时），住院治疗8个月，要求赔偿医疗费8730元

B. 因该酒店歌舞厅从事色情营业，市公安局于1999年2月26日对其罚款1万元，限7日内缴纳

C. 某旅行社与该酒店签订的合同，因酒店被宣告破产而终止，旅行社要求赔偿由此造成的损失1.8万元

D. 该酒店经理以酒店名义借用某公司小轿车一辆供其亲属使用，现该公司要求返还

答案：AC。

解析：罚款和罚金不属于破产债权，所以排除 B。D 应为取回权，也应排除。所以本题答案为 AC。

2. (2003-3-52) 松花江实业有限公司因不能清偿到期债务而申请破产救济，各债权人纷纷向管理人申报债权。下列选项哪些属于破产债权？

- A. 甲公司要求收回其租赁给松花江公司的一套设备
- B. 乙银行因派员参与破产程序花去的差旅费 5 万元
- C. 丙银行贷给松花江公司的 50 万元贷款，但尚未到还款期
- D. 丁银行行使抵押权后仍有 10 万元债权未受偿

答案：CD。

解析：《企业破产法》第 38 条、第 46 条、第 109 条和第 110 条。

## 重点法条

第五十九条 依法申报债权的债权人为债权人会议的成员，有权参加债权人会议，享有表决权。

债权尚未确定的债权人，除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外，不得行使表决权。

对债务人的特定财产享有担保权的债权人，未放弃优先受偿权利的，对于本法第六十一条第一款第七项、第十项规定的事项不享有表决权。

债权人可以委托代理人出席债权人会议，行使表决权。代理人出席债权人会议，应当向人民法院或者债权人会议主席提交债权人的授权委托书。

债权人会议应当有债务人的职工和工会的代表参加，对有关事项发表意见。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第六十条 债权人会议设主席一人，由人民法院从有表决权的债权人中指定。

债权人会议主席主持债权人会议。

第六十一条 债权人会议行使下列职权：

- (一) 核查债权；
- (二) 申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；
- (三) 监督管理人；
- (四) 选任和更换债权人委员会成员；
- (五) 决定继续或者停止债务人的营业；
- (六) 通过重整计划；
- (七) 通过和解协议；
- (八) 通过债务人财产的管理方案；
- (九) 通过破产财产的变价方案；
- (十) 通过破产财产的分配方案；
- (十一) 人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。

债权人会议应当对所议事项的决议作成会议记录。

第六十二条 第一次债权人会议由人民法院召集，自债权申报期限届满之日起十五日内召开。

以后的债权人会议，在人民法院认为必要时，或者管理人、债权人委员会、占债权总额四分之一以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。

第六十四条 债权人会议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的二分之一以上。但是，本法另有规定的除外。

债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议作出决议之日起十五日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新作出决议。

债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。

## 法条精解

本条主要考察的是债权人会议。

### 1. 含义

债权人会议是债权人团体为参与破产程序而设置的私法上的机关，目的在于保护自己的利益。在破产



程序中，债权人会议不是一个独立的民事权利主体，只是临时性的具有自治性质的机构。债权人会议以召集会议的方式进行活动，不是常设的机构，只是进行决议，其所作出的相关决议一般由管理人负责执行。

## 2. 债权人会议的组成和成员的权利

依法申报债权的债权人为债权人会议的成员，有权参加债权人会议，享有表决权。债权尚未确定的债权人，除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外，不得行使表决权。债权人可以委托代理人出席债权人会议，行使表决权。代理人出席债权人会议，应当向人民法院或者债权人会议主席提交债权人的授权委托书。

债权人会议应当有债务人的职工和工会的代表参加，对有关事项发表意见。

## 3. 债权人会议主席

债权人会议设主席一人，由人民法院从有表决权的债权人中指定。债权人会议主席主持债权人会议。

## 4. 债权人会议的职权

债权人会议的职权包括：①核查债权；②申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；③监督管理人；④选任和更换债权人委员会成员；⑤决定继续或者停止债务人的营业；⑥通过重整计划；⑦通过和解协议；⑧通过债务人财产的管理方案；⑨通过破产财产的变价方案；⑩通过破产财产的分配方案；⑪人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。

## 5. 债权人会议的召集和通知

(1) 第一次债权人会议由人民法院召集，自债权申报期限届满之日起 15 日内召开。

(2) 以后的债权人会议，在人民法院认为必要时，或者管理人、债权人委员会、占债权总额 1/4 以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。

(3) 召开债权人会议，管理人应当提前 15 日通知已知的债权人。

## 6. 债权人会议的决议

(1) 决议方式。债权人会议的决议，除法律另有规定外，由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的 1/2 以上。

(2) 救济途径。债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议作出决议之日起 15 日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新作出决议。

(3) 决议的效力。债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。

## 重点法条

第六十七条 债权人会议可以决定设立债权人委员会。债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和一名债务人的职工代表或者工会代表组成。债权人委员会成员不得超过九人。

债权人委员会成员应当经人民法院书面决定认可。

### 【关联法条】

### 《企业破产法》

第六十八条 债权人委员会行使下列职权：

- (一) 监督债务人财产的管理和处分；
- (二) 监督破产财产分配；
- (三) 提议召开债权人会议；
- (四) 债权人会议委托的其他职权。

债权人委员会执行职务时，有权要求管理人、债务人的有关人员对其职权范围内的事务作出说明或者提供有关文件。

管理人、债务人的有关人员违反本法规定拒绝接受监督的，债权人委员会有权就监督事项请求人民法院作出决定；人民法院应当在五日内作出决定。

## 法条精解

本条主要考察的是债权人委员会。

债权人委员会也叫破产监督人，是债权人会议的常设机构。

### 1. 组成

债权人会议可以决定设立债权人委员会。债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和一名债务人



的职工代表或者工会代表组成。债权人委员会成员不得超过9人。

## 2. 职权

- (1) 监督债务人财产的管理和处分；
- (2) 监督破产财产分配；
- (3) 提议召开债权人会议；
- (4) 债权人会议委托的其他职权。

## 3. 管理人的报告义务

管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会：①涉及土地、房屋等不动产权益的转让；②探矿权、采矿权、知识产权等财产权的转让；③全部库存或者营业的转让；④借款；⑤设定财产担保；⑥债权和有价证券的转让；⑦履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同；⑧放弃权利；⑨担保物的取回；⑩对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。

未设立债权人委员会的，管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院。

## 重点法条

第七十条 债务人或者债权人可以依照本法规定，直接向人民法院申请对债务人进行重整。

债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本1/10以上的出资人，可以向人民法院申请重整。

## 法条精解

本条主要考察的是有关重整申请与认可的法律规定。

### 1. 申请

(1) 债务人或者债权人可以依法直接向人民法院申请对债务人进行重整。

(2) 债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本1/10以上的出资人，可以向人民法院申请重整。

### 2. 许可

人民法院经审查认为重整申请符合法律规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告。

## 真题示例

(2009-3-30) 关于破产案件受理后、破产宣告前的程序转换，下列哪一表述是正确的？

- A. 如为债务人申请破产清算的案件，债权人可以申请和解
- B. 如为债权人申请债务人破产清算的案件，债务人可以申请重整
- C. 如为债权人申请债务人重整的案件，债务人可以申请破产清算
- D. 如为债权人申请债务人破产清算的案件，债务人的出资人可以申请和解

答案：B。

解析：《企业破产法》第7条、第70条。

## 重点法条

第七十二条 自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。

## 法条精解

本条主要考察的是重整期间的内容。

### 1. 重整期间的计算

自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。

### 2. 重整期间的法律效果

(1) 在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。

(2) 在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。





在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以为该借款设定担保。

(3) 债务人合法占有的他人财产，该财产的权利人在重整期间要求取回的，应当符合事先约定的条件。

(4) 在重整期间，债务人的出资人不得请求投资收益分配。

在重整期间，债务人的董事、监事、高级管理人员不得向第三人转让其持有的债务人的股权。但是，经人民法院同意的除外。

### 3. 重整期间重整程序的终止

在重整期间，有下列情形之一的，经管理人或者利害关系人请求，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产：

(1) 债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性；

(2) 债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为；

(3) 由于债务人的行为致使管理人无法执行职务。

## 重点法条

第七十九条 债务人或者管理人应当自人民法院裁定债务人重整之日起六个月内，同时向人民法院和债权人会议提交重整计划草案。

前款规定的期限届满，经债务人或者管理人请求，有正当理由的，人民法院可以裁定延期三个月。

债务人或者管理人未按期提出重整计划草案的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第八十二条 下列各类债权的债权人参加讨论重整计划草案的债权人会议，依照下列债权分类，分组对重整计划草案进行表决：

(一) 对债务人的特定财产享有担保权的债权；

(二) 债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

(三) 债务人所欠税款；

(四) 普通债权。

人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组对重整计划草案进行表决。

第八十四条 人民法院应当自收到重整计划草案之日起三十日内召开债权人会议，对重整计划草案进行表决。

出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上的，即为该组通过重整计划草案。

债务人或者管理人应当向债权人会议就重整计划草案作出说明，并回答询问。

第八十六条 各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。

自重整计划通过之日起十日内，债务人或者管理人应当向人民法院提出批准重整计划的申请。人民法院经审查认为符合本法规定的，应当自收到申请之日起三十日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

## 法条精解

本条主要考察的是重整计划的制订和批准。

重整计划是通过对债权债务关系的重新安排和对企业经营方略的重新设定，力求达到债务人企业的新振作，从而避免破产的一个具有实质内容和约束力的法律文件。

### 1. 重整计划草案的提出

债务人或者管理人应当自人民法院裁定债务人重整之日起6个月内，同时向人民法院和债权人会议提交重整计划草案。期限届满，经债务人或者管理人请求，有正当理由的，人民法院可以裁定延期3个月。

债务人或者管理人未按期提出重整计划草案的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

### 2. 重整计划草案的制作

(1) 债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。

(2) 管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案。



### 3. 重整计划草案的内容

内容包括：①债务人的经营方案；②债权分类；③债权调整方案；④债权受偿方案；⑤重整计划的执行期限；⑥重整计划执行的监督期限；⑦有利于债务人重整的其他方案。

### 4. 对重整计划草案的分类分组表决

下列各类债权的债权人参加讨论重整计划草案的债权人会议，依照下列债权分类，分组对重整计划草案进行表决：①对债务人的特定财产享有担保权的债权；②债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；③债务人所欠税款；④普通债权。

人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组对重整计划草案进行表决。

### 5. 债权人会议表决重整计划草案

人民法院应当自收到重整计划草案之日起30日内召开债权人会议，对重整计划草案进行表决。出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的2/3以上的，即为该组通过重整计划草案。

### 6. 重整计划草案的通过

各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。

自重整计划通过之日起10日内，债务人或者管理人应当向人民法院提出批准重整计划的申请。人民法院经审查认为符合破产法规定的，应当自收到申请之日起30日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

### 7. 重整计划草案未获通过而由法院裁定批准

部分表决组未通过重整计划草案的，债务人或者管理人可以同未通过重整计划草案的表决组协商。该表决组可以在协商后再表决一次。双方协商的结果不得损害其他表决组的利益。

未通过重整计划草案的表决组拒绝再次表决或者再次表决仍未通过重整计划草案，但重整计划草案符合下列条件的，债务人或者管理人可以申请人民法院批准重整计划草案：

(1) 按照重整计划草案，对债务人的特定财产享有担保权的债权就该特定财产将获得全额清偿，其因延期清偿所受的损失将得到公平补偿，并且其担保权未受到实质性损害，或者该表决组已经通过重整计划草案；

(2) 按照重整计划草案，债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金和债务人所欠税款将获得全额清偿，或者相应表决组已经通过重整计划草案；

(3) 按照重整计划草案，普通债权所获得的清偿比例，不低于其在重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序所能获得的清偿比例，或者该表决组已经通过重整计划草案；

(4) 重整计划草案对出资人权益的调整公平、公正，或者出资人组已经通过重整计划草案；

(5) 重整计划草案公平对待同一表决组的成员，并且所规定的债权清偿顺序不违反破产法的规定；

(6) 债务人的经营方案具有可行性。

人民法院经审查认为重整计划草案符合上述规定的，应当自收到申请之日起30日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

### 8. 重整计划草案未被批准的后果

重整计划草案未获得通过且未获得批准，或者已通过的重整计划未获得批准的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

## 重点法条

第八十九条 重整计划由债务人负责执行。

人民法院裁定批准重整计划后，已接管财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务。

## 法条精解

本条主要考察的是重整计划的执行。

### 1. 执行人

重整计划由债务人负责执行，由管理人监督重整计划的执行。

### 2. 重整计划的效力

经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力。债权人未依照本法规定申报债



权的，在重整计划执行期间不得行使权利；在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整计划的影响。

### 3. 债务人不能执行重整计划的后果

(1) 债务人不能执行或者不执行重整计划的，人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。但为重整计划的执行提供的担保继续有效。

(2) 人民法院裁定终止重整计划执行的，债权人在重整计划中作出的债权调整的承诺失去效力。债权人因执行重整计划所受的清偿仍然有效，但只有在其他同顺位债权人同自己所受的清偿达到同一比例时，才能继续接受分配。债权未受清偿的部分作为破产债权。

## 重点法条

第九十五条 债务人可以依照本法规定，直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。

债务人申请和解，应当提出和解协议草案。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第九十六条 人民法院经审查认为和解申请符合本法规定的，应当裁定和解，予以公告，并召集债权人会议讨论和解协议草案。

对债务人的特定财产享有担保权的权利人，自人民法院裁定和解之日起可以行使权利。

## 法条精解

本条主要考察的是和解的特点与程序。

### 1. 和解的特点

和解制度是为了克服和避免破产清算制度的弊端而创设的一项程序制度。它是债务人不能清偿债务时，为避免受破产宣告或者破产分配，而通过法院组织，经与债权人会议磋商谈判，达成相互间的谅解、协商一揽子解决债务危机以图复苏的制度。它有以下几个主要特点：

- (1) 和解有优先于破产清算程序的相对效力。
- (2) 和解以债务人向法院提出和解申请为必要。
- (3) 和解的成立以债权人的双重多数表决通过为基础。
- (4) 和解的成立须经法院裁定认可。
- (5) 债务人和债权人会议达成的和解协议无强制执行力。

### 2. 和解的程序

(1) 申请。债务人可以依法直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。债务人申请和解，应当提出和解协议草案。

(2) 许可。人民法院经审查认为和解申请符合破产法规定的，应当裁定和解，予以公告，并召集债权人会议讨论和解协议草案。对债务人的特定财产享有担保权的权利人，自人民法院裁定和解之日起可以行使权利。

## 重点法条

第九十七条 债权人会议通过和解协议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的三分之二以上。

## 法条精解

本条主要考察的是和解协议的表决。

1. 债权人会议通过和解协议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的  $\frac{2}{3}$  以上。债权人会议通过和解协议的，由人民法院裁定认可，终止和解程序，并予以公告。

2. 和解协议草案经债权人会议表决未获得通过，或者已经债权人会议通过的和解协议未获得人民法院认可的，人民法院应当裁定终止和解程序，并宣告债务人破产。



## 重点法条

第一百条 经人民法院裁定认可的和解协议，对债务人和全体和解债权人均有约束力。

和解债权人是指人民法院受理破产申请时对债务人享有无财产担保债权的人。

和解债权人未依照本法规定申报债权的，在和解协议执行期间不得行使权利；在和解协议执行完毕后，可以按照和解协议规定的清偿条件行使权利。

## 法条精解

本条主要考察的是和解协议的效力。

1. 经人民法院裁定认可的和解协议，对债务人和全体和解债权人均有约束力。和解债权人是指人民法院受理破产申请时对债务人享有无财产担保债权的人。

2. 债务人应当按照和解协议规定的条件清偿债务。

3. 和解债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受和解协议的影响。

4. 因债务人的欺诈或者其他违法行为而成立的和解协议，人民法院应当裁定无效，并宣告债务人破产。和解债权人因执行和解协议所受的清偿，在其他债权人所受清偿同等比例的范围内，不予返还。

5. 债务人不能执行或者不执行和解协议的，人民法院经和解债权人请求，应当裁定终止和解协议的执行，并宣告债务人破产。但为和解协议的执行提供的担保继续有效。

人民法院裁定终止和解协议执行的，和解债权人在和解协议中作出的债权调整的承诺失去效力。和解债权人因执行和解协议所受的清偿仍然有效，但只有在其他债权人同自己所受的清偿达到同一比例时，才能继续接受分配。和解债权未受清偿的部分作为破产债权。

## 重点法条

第一百零五条 人民法院受理破产申请后，债务人与全体债权人就债权债务的处理自行达成协议的，可以请求人民法院裁定认可，并终结破产程序。

## 法条精解

本条主要考察的是自行和解。

自行和解，是指在人民法院受理破产申请后，债务人和债权人全体自行协商就清理债权债务并终结破产程序而达成协议的方式。自行和解并非在人民法院主导下进行的破产程序中的和解。自行和解没有特定的程序要求，只要债务人和全体债权人有自行和解的愿望，均可以协商自行和解。

## 重点法条

第一百零七条 人民法院依照本法规定宣告债务人破产的，应当自裁定作出之日起五日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起10日内通知已知债权人，并予以公告。债务人被宣告破产后，债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权。

## 法条精解

本条主要考察的是破产宣告。

1. 破产宣告的含义与意义

人民法院依照本法规定宣告债务人破产的，应当自裁定作出之日起五日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起10日内通知已知债权人，并予以公告。

债务人被宣告破产后，债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权。

2. 破产宣告前终结破产程序

破产宣告前，有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结破产程序，并予以公告：

(1) 第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清偿全部到期债务的；

(2) 债务人已清偿全部到期债务的。





## 重点法条

第一百零九条 对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。

## 法条精解

本条主要考察的是别除权。

1. 含义。对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。
2. 转化。享有别除权的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权；放弃优先受偿权利的，其债权作为普通债权。

## 真题示例

(2005-3-64) 在 A 公司的破产案件中，有关当事人提出的下列主张，哪些依法应予支持？

- A. 甲要求收回依融资租赁合同出租给 A 的设备
- B. 乙根据与 A 的建筑合同中约定的保证条款，要求以 A 的酒店经营收入优先清偿拖欠的工程款
- C. 丙根据与 A 在破产程序开始前签订的以物偿债协议，要求取得用于抵偿欠款的一批库存产品
- D. 丁依合同保管着 A 的一批货物，要求以变卖这批货物的价款优先清偿 A 拖欠的保管费

答案：AD。

解析：在融资租赁合同中出租人享有出租物的所有权，所以 A 为行使取回权，正确；B 只是一般的信用保证，不享有优先受偿权；C 只是合同约定，并非担保物权，所以也不能优先受偿；D 根据担保法可以享受留置权优先受偿，也正确。所以选择 AD。

## 重点法条

第一百一十一条 管理人应当及时拟订破产财产变价方案，提交债权人会议讨论。

管理人应当按照债权人会议通过的或者人民法院依照本法第六十五条第一款规定裁定的破产财产变价方案，适时变价出售破产财产。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第一百一十二条 变价出售破产财产应当通过拍卖进行。但是，债权人会议另有决议的除外。

破产企业可以全部或者部分变价出售。企业变价出售时，可以将其中的无形资产和其他财产单独变价出售。

按照国家规定不能拍卖或者限制转让的财产，应当按照国家规定的方式处理。

第一百一十三条 破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：

(一) 破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

(二) 破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；

(三) 普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

## 法条精解

本条主要考察的是变价和分配。

### 1. 破产财产变价方案

破产财产的变价，是指在破产清算程序中，将拟用于分配的破产财产中的非货币性财产，以拍卖或者债权人会议决定的其他方式，转变为货币财产，以便于进行破产分配的行为。

管理人应当及时拟订破产财产变价方案，提交债权人会议讨论。管理人应当按照债权人会议通过的或者人民法院依法裁定的破产财产变价方案，适时变价出售破产财产。

### 2. 破产财产变价的方式

变价出售破产财产应当通过拍卖进行。但是，债权人会议另有决议的除外。



### 3. 破产财产的清偿顺序

破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：

(1) 破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

(2) 破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；

(3) 普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

### 4. 破产财产的分配方式

破产财产的分配应当以货币分配方式进行。但是，债权人会议另有决议的除外。

### 5. 特殊情况下的提存

(1) 附生效条件或者解除条件的债权

对于附生效条件或者解除条件的债权，管理人应当将其分配额提存。在最后分配公告日，生效条件未成就或者解除条件成就的，应当分配给其他债权人；在最后分配公告日，生效条件成就或者解除条件未成就的，应当交付给债权人。

(2) 债权人未受领的破产财产分配额

债权人未受领的破产财产分配额，管理人应当提存。债权人自最后分配公告之日起满2个月仍不领取的，视为放弃受领分配的权利，管理人或者人民法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。

(3) 诉讼或者仲裁未决的债权

破产财产分配时，对于诉讼或者仲裁未决的债权，管理人应当将其分配额提存。自破产程序终结之日起满2年仍不能受领分配的，人民法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。

## 真题示例

(2006-3-74) 某房地产开发公司被法院宣告破产。就该破产企业清偿顺序问题，下列哪些说法是正确的？

- A. 该破产企业所拖欠的民工工资按第一顺序清偿
- B. 该破产企业拖欠施工单位的工程欠款可以在破产清算程序开始前受偿
- C. 因延期交房给购房人造成的损失按照破产债权清偿
- D. 该公司员工向公司的投资款按照破产债权清偿

答案：ABC。

解析：A 为劳动债权属于第一顺序，正确；B 根据《合同法》第 286 条是优先受偿的，正确；C 为违约赔偿，应列入破产债权，正确；D 的性质应为股权，错误。所以本题答案应为 ABC。

## 重点法条

第一百二十条 破产人无财产可供分配的，管理人应当请求人民法院裁定终结破产程序。

管理人在最后分配完结后，应当及时向人民法院提交破产财产分配报告，并提请人民法院裁定终结破产程序。

人民法院应当自收到管理人终结破产程序的请求之日起十五日内作出是否终结破产程序的裁定。裁定终结的，应当予以公告。

### 【关联法条】

#### 《企业破产法》

第一百二十一条 管理人应当自破产程序终结之日起十日内，持人民法院终结破产程序的裁定，向破产人的原登记机关办理注销登记。

第一百二十三条 自破产程序依照本法第四十三条第四款或者第一百二十条的规定终结之日起二年内，有下列情形之一的，债权人可以请求人民法院按照破产财产分配方案进行追加分配：

- (一) 发现有依照本法第三十一条、第三十二条、第三十三条、第三十六条规定应当追回的财产的；
- (二) 发现破产人有应当供分配的其他财产的。

有前款规定情形，但财产数量不足以支付分配费用的，不再进行追加分配，由人民法院将其上交国库。



第一百二十四条 破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任。

## 法条精解

本条主要考察的是破产程序的终结。

### 1. 终结原因

(1) 破产人无财产可供分配的，管理人应当请求人民法院裁定终结破产程序。

(2) 管理人在最后分配完结后，应当及时向人民法院提交破产财产分配报告，并提请人民法院裁定终结破产程序。人民法院应当自收到管理人终结破产程序的请求之日起15日内作出是否终结破产程序的裁定。裁定终结的，应当予以公告。

### 2. 管理人的职责

(1) 管理人应当自破产程序终结之日起10日内，持人民法院终结破产程序的裁定，向破产人的原登记机关办理注销登记。

(2) 管理人于办理注销登记完毕的次日终止执行职务。但是，存在诉讼或者仲裁未决情况的除外。

### 3. 破产财产的追加分配

自破产程序依法终结之日起2年内，有下列情形之一的，债权人可以请求人民法院按照破产财产分配方案进行追加分配：

(1) 发现有依法应当追回的财产的；

(2) 发现破产人有应当供分配的其他财产的。

有上述规定情形，但财产数量不足以支付分配费用的，不再进行追加分配，由人民法院将其上交国库。

### 4. 破产人的保证人和其他连带债务人在破产程序终结后的责任

破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任。

## 《保险法》

## 重点法条

第二条 本法所称保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的商业保险行为。

### 【关联法条】

### 《保险法》

第六条 保险业务由依照本法设立的保险公司以及法律、行政法规规定的其他保险组织经营，其他单位和个人不得经营保险业务。

## 法条精解

本条主要考察的是保险的概念和特征。

### 1. 概念

保险法所称保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的商业保险行为。

### 2. 特征

现代社会的保险主要包括两大类：①为社会保险，②为商业保险。前者属于劳动保障法范畴，如养老保险、失业保险、工伤保险、生育保险等，本法并不涉及，后者才是本法所规范的对象。

与社会保险相比，商业保险主要有如下几个特征：①自愿；②有偿；③承保的经营主体范围受到限制。值得注意，这次《保险法》的修改放宽了从事保险业务的经营主体范围：除了商业保险公司以外，法律、行政法规规定的其他保险组织也可经营。



## 重点法条

第十一条 订立保险合同，应当协商一致，遵循公平原则确定各方的权利和义务。

除法律、行政法规规定必须保险的外，保险合同自愿订立。

## 法条精解

本条主要考察的是自愿原则。

投保人和保险人订立保险合同，应当遵循公平互利、协商一致、自愿订立的原则，不得损害社会公共利益。除法律、行政法规规定必须保险的以外，保险公司和其他单位不得强制他人订立保险合同。我国现有的强制性商业保险种类有限，主要出于保护公共利益的需要，一般为责任保险，如交强险。

## 重点法条

第十二条 人身保险的投保人在保险合同订立时，对被保险人应当具有保险利益。

财产保险的被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益。

人身保险是以人的寿命和身体为保险标的的保险。

财产保险是以财产及其有关利益为保险标的的保险。

被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。投保人可以为被保险人。

保险利益是指投保人或者被保险人对保险标的具有的 legally 承认的利益。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第三十一条 投保人对下列人员具有保险利益：

- (一) 本人；
- (二) 配偶、子女、父母；
- (三) 前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属；
- (四) 与投保人有劳动关系的劳动者。

除前款规定外，被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。

订立合同时，投保人对被保险人不具有保险利益的，合同无效。

第四十八条 保险事故发生时，被保险人对保险标的不具有保险利益的，不得向保险人请求赔偿保险金。

## 法条精解

本条主要考察的是保险利益原则。

保险利益是指投保人或者被保险人对保险标的具有的 legally 承认的利益。保险标的是指作为保险对象的财产及其有关利益或者人的寿命和身体。

### 1. 保险利益的意义

投保人对保险标的应当具有保险利益。投保人对保险标的不具有保险利益的，保险合同无效。因为投保人在没有保险利益的情况下进行投保不仅使投保与赌博无异，也容易诱发道德风险、鼓励骗保。

### 2. 保险利益的范围

一般而言，保险利益的成立需具备三个要件：必须是合法利益；必须是经济上的利益；必须是可以确定的利益。

具体来说，保险法中的保险合同包括两大类，一为财产保险合同，一为人身保险合同，不同保险合同的保险利益范围是不一样的。

财产保险合同的保险利益应具有以下三个条件之一：①投保人对保险标的享有物权；②基于合同；③依法应承担民事赔偿责任。

人身保险合同的保险利益范围为：①本人；②配偶、子女、父母；③前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属；④与投保人有劳动关系的劳动者（新法新增内容）；⑤被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。





### 3. 保险利益的时效

保险利益的时效即保险利益的有效存在时间，不同的保险合同仍然不一样。财产保险合同保险利益的时效为保险事故发生时；人身保险合同保险利益的时效为投保人订立保险合同时。

## 真题示例

1. (2002-3-51) 按照保险利益原则，下列哪些当事人的投保行为无效？

- A. 某甲为自己购买的一注彩票投保
- B. 某乙为自己即将出生的女儿购买人寿险
- C. 某丙为屋前的一棵国家一级保护树木投保
- D. 某丁为自己与女友的恋爱关系投保

答案：ABD。

解析：某甲和某乙的保险利益不能确定；某丁的恋爱关系不是经济上的利益；至于选项 C 涉及的林木，虽然是国家一级保护树种，但由于在房前屋后的林木依据森林法是归个人所有的，因此投保人有合法的所有权，对此有保险利益存在，其投保行为是有效的。所以本题答案为 ABD。

2. (2007-3-72) 保险法中的保险利益原则是指投保人应当对保险标的具有法律上承认的利益，否则会导致保险合同无效。下列哪些选项符合保险利益原则？

- A. 甲经同事乙同意，为其购买一份人寿险
- B. 丙为自己刚出生一个月的孩子购买一份人身险
- C. 丁公司为其经营管理的风景区内的一颗巨型钟乳石投保一份财产险
- D. 戊公司为其一座已经投保的仓库再投保一份财产险

答案：ABCD。

解析：根据《保险法》第 31 条的规定，被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。甲经同事乙同意，为其购买一份人寿险，符合保险利益原则，所以 A 项正确；同样，根据《保险法》第 31 条的规定，丙对自己的孩子具有保险利益，所以 B 项正确；C 项和 D 项为投保人对财产性质保险标的具有保险利益，所以也是正确的。值得注意的是，选项 D 所述情形是重复保险行为，但该行为并不违反保险利益原则。所以答案为 ABCD。

## 重点法条

第十七条 订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。

对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第十九条 采用保险人提供的格式条款订立的保险合同中的下列条款无效：

- (一) 免除保险人依法应承担的义务或者加重投保人、被保险人责任的；
- (二) 排除投保人、被保险人或者受益人依法享有的权利的。

第二十七条 未发生保险事故，被保险人或者受益人谎称发生了保险事故，向保险人提出赔偿或者给付保险金请求的，保险人有权解除合同，并不退还保险费。

投保人、被保险人故意制造保险事故的，保险人有权解除合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任；除本法第四十三条规定外，不退还保险费。

保险事故发生后，投保人、被保险人或者受益人以伪造、变造的有关证明、资料或者其他证据，编造虚假的事故原因或者夸大损失程度的，保险人对其虚报的部分不承担赔偿或者给付保险金的责任。

投保人、被保险人或者受益人有前三款规定行为之一，致使保险人支付保险金或者支出费用的，应当退回或者赔偿。

## 法条精解

本条主要考察的是最大诚信原则。

诚信原则是各种民事活动都应遵守的基本原则，但因为保险事故的发生具有偶然性和不确定性，容易



诱发骗保行为，所以立法特别强调“最大”诚信，保险合同双方当事人都应遵守，不能对对方进行欺骗和隐瞒。本原则主要体现在以下几个规定上：

#### 1. 缔约过程中的诚信

订立保险合同，保险人应当向投保人说明保险合同的条款内容，并可以就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问，投保人应当如实告知；投保人故意隐瞒事实，不履行如实告知义务的，或者因过失未履行如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除保险合同。

对于故意不履行如实告知义务的投保人，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费；对于因过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的投保人，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但可以退还保险费。

#### 2. 免责条款的诚信

保险合同一般为保险公司单方制定，其中往往规定有关于保险人责任免除的条款。保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。

对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。

#### 3. 保险标的危险程度增加的诚信

在合同有效期内，保险标的危险程度增加的，被保险人按照合同约定应当及时通知保险人，保险人有权要求增加保险费或者解除合同。

被保险人未履行上述规定的通知义务的，因保险标的危险程度增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿责任。

#### 4. 三种骗保行为的后果

(1) 被保险人或者受益人在未发生保险事故的情况下，谎称发生了保险事故，向保险人提出赔偿或者给付保险金的请求的，保险人有权解除保险合同，并不退还保险费。

(2) 投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的，保险人有权解除保险合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任，除保险法另有规定外，也不退还保险费。

(3) 保险事故发生后，投保人、被保险人或者受益人以伪造、变造的有关证明、资料或者其他证据，编造虚假的事故原因或者夸大损失程度的，保险人对其虚报的部分不承担赔偿或者给付保险金的责任。

投保人、被保险人或者受益人有上述三种行为之一，致使保险人支付保险金或者支出费用的，应当退回或者赔偿。

### 重点法条

第十条 保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。

投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。

保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。

#### 【关联法条】

##### 《保险法》

第二十八条 保险人将其承担的保险业务，以分保形式部分转移给其他保险人的，为再保险。

应再保险接受人的要求，再保险分出人应当将其自负责任及原保险的有关情况书面告知再保险接受人。

第五十五条 投保人和保险人约定保险标的的保险价值并在合同中载明的，保险标的发生损失时，以约定的保险价值为赔偿计算标准。

投保人和保险人未约定保险标的的保险价值的，保险标的发生损失时，以保险事故发生时保险标的的实际价值为赔偿计算标准。

保险金额不得超过保险价值。超过保险价值的，超过部分无效，保险人应当退还相应的保险费。

保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿保险金的责任。

第一百一十七条 保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取佣金，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的机构或者个人。



保险代理机构包括专门从事保险代理业务的保险专业代理机构和兼营保险代理业务的保险兼业代理机构。

第一百一十八条 保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的机构。

第一百二十五条 个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上保险人的委托。

## 法条精解

本条主要考察的是保险合同的概念与主体。

### 1. 保险合同的概念。

保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。

保险合同的特征为：

(1) 双务合同。双务合同是当事人双方互负债务的合同。在保险合同中，投保人负有交付保险费的义务，保险人负有在保险事故发生时支付保险金的义务，所以其为双务合同。

(2) 射幸合同。射幸合同，是指以将来不确定事件的发生而决定是否给付的合同，在保险合同中，保险事故是否发生是不确定的，故其属射幸合同。

(3) 格式合同。保险合同的条款一般由保险公司单方制定。因此，出于公平起见，对于保险合同的条款，保险人与投保人、被保险人或者受益人有争议时，人民法院或者仲裁机关应当作有利于被保险人和受益人的解释。

(4) 诺成合同。诺成合同是双方意思表示一致即成立的合同。在保险合同中，投保人提出保险要求，经保险人同意承保，并就合同的条款达成协议，保险合同成立。书面形式不是合同成立的要件而是履行合同的行为。所以其为诺成合同。

保险合同根据不同的标准可以有不同的分类：

#### (1) 按照标的分为财产保险合同与人身保险合同

财产保险合同是以财产及其有关利益为保险标的的保险合同。人身保险合同就是以人的寿命和身体作为保险标的的保险合同。财产保险合同与人身保险合同最大的区别就在于前者具有补偿性而后者则没有，因为人的寿命和身体是无价的，不能用金钱来衡量。所以，财产保险合同如果发生了保险事故，保险公司应“赔偿”保险金；人身保险合同如果发生了保险事故，保险公司应“给付”保险金。

#### (2) 按照保险人的责任次序分为原保险合同与再保险合同

保险人将其承担的保险业务，以分保形式，部分转移给其他保险人的，为再保险。应再保险接受人的要求，再保险分出人应当将其自负责任及原保险的有关情况告知再保险接受人。根据合同的相对性原理，再保险接受人不得向原保险的投保人要求支付保险费；原保险的被保险人或者受益人，不得向再保险接受人提出赔偿或者给付保险金的请求；再保险分出人不得以再保险接受人未履行再保险责任为由，拒绝履行或者迟延履行其原保险责任。

#### (3) 按照保险金额和保险价值的关系分为足额保险合同与不足额保险合同

保险金额是指保险人承担赔偿责任或者给付保险金责任的最高限额；保险价值就是保险标的的价值。保险金额等于保险价值的为足额保险合同；保险金额低于保险价值的为不足额保险合同；保险金额不得超过保险价值，超过保险价值的，超过的部分无效。

保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿责任。

### 2. 保险合同的主体

#### (1) 当事人

保险合同的当事人即缔约双方，包括投保人和保险人。

投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。

投保人应具有保险利益，如果是自然人则应具有完全民事行为能力。

保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿责任或者给付保险金责任的保险公司。为了保证保险公司的赔付能力，保险公司的组织形式有两种，一为股份有限公司；二为国有独资公司。设立保险公司的注册资本最低限额为人民币2亿元。

#### (2) 关系人

保险合同的关系人即享有保险金给付请求权的人，包括被保险人和受益人。



被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人，投保人可以为被保险人。

受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人，投保人、被保险人可以为受益人。受益人不要求具有完全民事行为能力。

### (3) 辅助人

保险合同的辅助人包括保险代理人和保险经纪人。

保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的单位或者个人。为了防止保险代理人采用欺诈的手段揽保，个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上保险人的委托。

保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的单位。

## 真题示例

1. (2002-3-57) 下列关于保险合同性质的表述中哪些是正确的？

- A. 保险合同是射幸合同
- B. 保险合同是格式合同
- C. 保险合同是双务合同
- D. 保险合同是诺成合同

答案：ABCD。

解析：根据上文的法条解析，答案为 ABCD。

2. (2003-3-14) 公民甲通过保险代理人乙为其 5 岁的儿子丙投保一份“幼儿平安成长保险”，保险公司为丁。下列有关事例的哪一表述是正确的？

- A. 该份保险合同中不得含有以丙的死亡为给付保险金条件的条款
- B. 受益人请求丁给付保险金的权利自其知道保险事故发生之日起 5 年内不行使而消灭
- C. 当保险事故发生时，乙与丁对给付保险金承担连带赔偿责任
- D. 保险代理人乙只能是依法成立的公司，不能是个人

答案：B。

解析：A 可参考“人身保险合同”的规定，父母为其未成年子女投保的人身保险可以包含死亡条款，所以 A 错误；C 混淆了保险合同的当事人与辅助人，所以其错误；D 混淆了保险代理人与经纪人，所以其错误。本题答案应为 B。

## 重点法条

第二十一条 投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，应当及时通知保险人。故意或者因重大过失未及时通知，致使保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的，保险人对无法确定的部分，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但保险人通过其他途径已经及时知道或者应当及时知道保险事故发生的除外。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第二十二条 保险事故发生后，按照保险合同请求保险人赔偿或者给付保险金时，投保人、被保险人或者受益人应当向保险人提供其所能提供的与确认保险事故的性质、原因、损失程度等有关的证明和资料。

保险人按照合同的约定，认为有关的证明和资料不完整的，应当及时一次性通知投保人、被保险人或者受益人补充提供。

## 法条精解

本条主要考察的是保险事故发生后投保人、被保险人或者受益人的义务。

### 1. 投保人、被保险人或者受益人的及时通知义务

与旧法相比，修改后的新法进一步明确了投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，故意或者因重大过失未向保险人履行及时通知义务，致使保险事故的性质、原因、损失程度等难以确定的，所应承担的法律后果：保险人对无法确定的部分，不承担赔偿或者给付保险金的责任。

### 2. 投保人、被保险人或者受益人的协助义务

投保人、被保险人或者受益人在按照保险合同请求保险人赔偿或者给付保险金时，应当向保险人提供





其所能提供的与确认保险事故的性质、原因、损失程度等有关的证明和资料。

值得注意的是，新法规定：保险人要求投保人、被保险人或者受益人补充提供有关的证明和资料必须一次性通知，从而防止了保险人借故拖延承担保险责任，维护了投保人、被保险人或者受益人的合法权益。

### 重点法条

第二十三条 保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后，应当及时作出核定；情形复杂的，应当在三十日内作出核定，但合同另有约定的除外。保险人应当将核定结果通知被保险人或者受益人；对属于保险责任的，在与被保险人或者受益人达成赔偿或者给付保险金的协议后十日内，履行赔偿或者给付保险金义务。保险合同对赔偿或者给付保险金的期限有约定的，保险人应当按照约定履行赔偿或者给付保险金义务。

保险人未及时履行前款规定义务的，除支付保险金外，应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。

任何单位和个人不得非法干预保险人履行赔偿或者给付保险金的义务，也不得限制被保险人或者受益人取得保险金的权利。

### 法条精解

本条主要考察的是保险人理赔的程序和时限。

新法与旧规定相比，明确了保险人在受到赔偿或给付保险金请求后的核定时间，首先依照保险合同确定，在保险合同未做约定时，最迟在 30 日内作出核定。对属于保险责任的，在与被保险人或者受益人达成赔偿或者给付保险金的协议后 10 日内，保险人履行赔偿或者给付保险金义务。

### 重点法条

第三十条 采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。

### 法条精解

本条主要考察的是争议格式条款的解释。

保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，首先应当按照通常理解予以解释。其次，对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构才作出有利于被保险人和受益人的解释。新法改变了旧法规“一刀切”的做法，更加公平合理。

### 真题示例

(2000-3-13) 一份保险合同履行过程中，当事人就合同所规定的“意外伤害”条款的含义产生了不同理解，投保人认为其所受伤害应属于赔付范围，保险公司则认为投保人所受伤害不属于赔付范围，两种理解各有其理。在此情形下，法官应当如何解释该条款的含义？

- A. 按照通常含义进行解释
- B. 按照公平原则进行解释
- C. 按照法理进行解释
- D. 按照对保险公司不利的原则进行解释

答案：AD。

解析：根据新法第 30 条规定，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，首先应当按照通常理解予以解释。当对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构才作出有利于被保险人和受益人的解释。所以应选 AD。

### 重点法条

第六十九条 设立保险公司，其注册资本的最低限额为人民币二亿元。

国务院保险监督管理机构根据保险公司的业务范围、经营规模，可以调整其注册资本的最低限额，但不得低于本条第一款规定的限额。

保险公司的注册资本必须为实缴货币资本。



## 法条精解

本条主要考察的是注册资本的最低限额。

设立保险公司，其注册资本的最低限额为人民币2亿元。国务院保险监督管理机构根据保险公司的业务范围、经营规模，可以调整其注册资本的最低限额，但不得低于本条第一款规定的限额。

值得注意的是，新修改的《保险法》规定：保险公司的注册资本必须为实缴货币资本。

对比“保险公司的注册资本最低限额必须为实缴货币资本”的旧法规定，新法在一定程度上提高了设立保险公司门槛。

## 重点法条

第九十五条 保险公司的业务范围：

- (一) 人身保险业务，包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务；
- (二) 财产保险业务，包括财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险等保险业务；
- (三) 国务院保险监督管理机构批准的与保险有关的其他业务。

保险人不得兼营人身保险业务和财产保险业务。但是，经营财产保险业务的保险公司经国务院保险监督管理机构批准，可以经营短期健康保险业务和意外伤害保险业务。

保险公司应当在国务院保险监督管理机构依法批准的业务范围内从事保险经营活动。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第九十六条 经国务院保险监督管理机构批准，保险公司可以经营本法第九十五条规定的保险业务的下列再保险业务：

- (一) 分出保险；
- (二) 分入保险。

## 法条精解

本条主要考察的是保险公司的业务范围。

保险公司的业务范围包括：

1. 人身保险业务，包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务。
2. 财产保险业务，包括财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险等保险业务；
3. 国务院保险监督管理机构批准的与保险有关的其他业务；
4. 再保险业务包括：①分出保险，②分入保险。

此外，虽然保险人不得兼营人身保险业务和财产保险业务，但经营财产保险业务的保险公司经批准，可以经营短期健康保险业务和意外伤害保险业务。

与旧法相比，新法在保险公司的业务范围方面，增加了“与保险有关的其他业务”的规定；在财产保险业务方面，增加了“保证保险业务”的规定；并删除了原有的部分条款，使之更加完善与科学。

## 重点法条

第十五条 除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同，保险人不得解除合同。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第五十条 货物运输保险合同和运输工具航程保险合同，保险责任开始后，合同当事人不得解除合同。

第二十六条 人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效期间为二年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。

人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金的诉讼时效期间为五年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。

## 法条精解

本条主要考察的是保险合同的解除及索赔时效。





### 1. 保险合同的解除

除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除保险合同，保险人不得解除保险合同。也就是说，对投保人来讲，保险合同以自由解除为原则，以限制解除为例外；对保险人来讲，保险合同以限制解除为原则，以自由解除为例外。

由于货物运输保险合同和运输工具航程保险合同的标的都处于不断地运动和变化之中，处于公平起见，保险责任开始后，合同当事人不得解除这两种合同。

### 2. 保险的索赔时效

人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，对保险人请求赔偿或者给付保险金的权利，自其知道保险事故发生之日起2年不行使而消灭。

人寿保险的被保险人或者受益人对保险人请求给付保险金的权利，自其知道保险事故发生之日起5年不行使而消灭。

## 重点法条

第四十九条 保险标的转让的，保险标的的受让人承继被保险人的权利和义务。

保险标的转让的，被保险人或者受让人应当及时通知保险人，但货物运输保险合同和另有约定的合同除外。

因保险标的转让导致危险程度显著增加的，保险人自收到前款规定的通知之日起30日内，可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。保险人解除合同的，应当将已收取的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。

被保险人、受让人未履行本条第二款规定的通知义务的，因转让导致保险标的的危险程度显著增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿保险金的责任。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第五十四条 保险责任开始前，投保人要求解除合同的，应当按照合同约定向保险人支付手续费，保险人应当退还保险费。保险责任开始后，投保人要求解除合同的，保险人应当将已收取的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。

## 法条精解

本条主要考察的是合同的变更和解除。

### 1. 合同的变更

保险标的的转让（即所有权的转移）应当通知保险人。因保险标的的转让导致危险程度显著增加的，保险人自收到前款规定的通知之日起30日内，可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。如果没有通知保险人则保险事故发生以后保险人会拒绝赔偿，这主要是因为保险标的的转让会导致原被保险人丧失保险利益。此外，所有权的转移一般意味着保险标的的风险的改变，因此保险人不会当然同意继续承保，而要经过审查考虑才会同意。

但是，货物运输保险合同和另有约定的合同因为保险标的的所有权的转移并不会导致风险的改变，所以保险标的的转让后只需通知保险人即可，不必经过其同意，合同也继续有效。

### 2. 合同解除的法律后果

保险责任开始前，投保人要求解除合同的，应当向保险人支付手续费，保险人应当退还保险费。保险责任开始后，投保人要求解除合同的，保险人可以收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止期间的保险费，剩余部分退还投保人。

## 重点法条

第五十七条 保险事故发生时，被保险人应当尽力采取必要的措施，防止或者减少损失。

保险事故发生后，被保险人为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用，由保险人承担；保险人所承担的费用数额在保险标的的损失赔偿金额以外另行计算，最高不超过保险金额的数额。

## 【关联法条】

### 《保险法》

第五十八条 保险标的发生部分损失的，自保险人赔偿之日起三十日内，投保人可以解除合同；除合同另有约定外，保险人也可以解除合同，但应当提前十五日通知投保人。

合同解除的，保险人应当将保险标的未受损失部分的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。

第五十九条 保险事故发生后，保险人已支付了全部保险金额，并且保险金额等于保险价值的，受损保险标的的全部权利归于保险人；保险金额低于保险价值的，保险人按照保险金额与保险价值的比例取得受损保险标的的部分权利。

### 法条精解

本条主要考察的是施救费用的承担。

#### 1. 施救费用的承担规则

保险事故发生时，被保险人有责任尽力采取必要的措施，防止或者减少损失。保险事故发生后，被保险人为了防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用，由保险人承担。这种费用应当是为了防止事故扩大和“直接”支出的，而不是“间接”支出的；这种费用应当是“必要的、合理的”，如火灾发生后，可取附近井水灭火，就没有必要泼洒纯净水或矿泉水，这种增加成本的施救费用，保险人是不会承担的。

#### 2. 施救费用的计算

保险人所承担的施救费用的数额在保险标的的损失赔偿金额以外另行计算，最高不超过保险金额的数额。也就是说，保险人承担的赔偿金额总和可以达到保险金额的两倍。尤其要注意，足额保险中施救费用只要没有超过保险金额，就应当由保险公司全部承担，不足额保险中施救费用也应该按比例由保险公司承担。

### 真题示例

1. (2004-3-64) 刁某将自有轿车向保险公司投保，其保险合同中含有自燃险险种。一日，该车在行驶中起火，刁某情急之下将一农户晾在公路旁的棉被打湿灭火，但车辆仍有部分损失，棉被也被烧坏。保险公司对下列哪些费用应承担赔付责任？

- A. 车辆修理费 500 元
- B. 刁某误工费 400 元
- C. 农户的棉被损失 200 元
- D. 刁某乘其他车辆返回的交通费 30 元

答案：AC。

解析：刁某的误工费和交通费确实是其损失和支出，但这些都与“灭火”这个施救行为没有直接关系，所以保险公司不应承担。车辆修理费和棉被损失是直接的开支而且是必要的、合理的，所以答案为 AC。

2. (2008-3-27) 甲将自己的汽车向某保险公司投保财产损失险，附加盗抢险，保险金额按车辆价值确定为 20 万元。后该汽车被盗，在保险公司支付了全部保险金额之后，该车辆被公安机关追回。关于保险金和车辆的处置方法，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲无需退还受领的保险金，但车辆归保险公司所有
- B. 车辆归甲所有，但甲应退还受领的保险金
- C. 甲无需退还保险金，车辆应归甲所有
- D. 应由甲和保险公司协商处理保险金与车辆的归属

答案：A。

解析：《保险法》第 59 条。

### 重点法条

第六十条 因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。

前款规定的保险事故发生后，被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金时，可以相应扣减被保险人从第三者已取得的赔偿金额。

保险人依照本条第一款规定行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。





## 【关联法条】

### 《保险法》

第六十一条 保险事故发生后，保险人未赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。

保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。

被保险人故意或者因重大过失致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以扣减或者要求返还相应的保险金。

第六十二条 除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成本法第六十条第一款规定的保险事故外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。

第六十三条 保险人向第三者行使代位请求赔偿的权利时，被保险人应当向保险人提供必要的文件和所知道的有关情况。

## 法条精解

本条主要考察的是保险人的代位求偿制度。

代位求偿制度的产生根源是因为财产保险合同具有补偿性，即被保险人的获赔总额不能超过其损失额，防止发生为了谋取额外利益而骗保的行为。在本制度中一般存在被保险人、保险人、第三人共三方当事人。

### 1. 含义与行使规则

(1) 因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内（因为保险人也不能获得额外的利益）代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。

(2) 上述保险事故发生后，被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金时，可以相应扣减被保险人从第三者已取得的赔偿金额。这是为了防止被保险人获得额外利益。

(3) 保险人行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。因为法律只禁止被保险人获得“额外”利益，不禁止其获得“足额”利益。

(4) 保险事故发生后，保险人未赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者的请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。因为这种弃权行为会使保险人对被保险人赔偿后无法再进行代位求偿。

(5) 保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。因为保险人向被保险人赔偿保险金后就自动取得对第三人的代位求偿权，被保险人的弃权行为是无权处分，当然无效。

(6) 由于被保险人的故意或者因重大过失致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以扣减或者要求返还相应的保险金。这是新法的新颖之处：与旧法只强调被保险人存在“过错”相比，缩小了过错范围，强调“故意或者重大过失”，排除了一般过失。被保险人的“故意或者重大过失”通常表现为被保险人不能提供进行索赔的充分证据或因为拖延而超过诉讼时效。

### 2. 例外

保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利，除非是被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成这种保险事故。这是因为被保险人的家庭成员或者其组成人员与被保险人具有共同的利益关系，对他们进行代位求偿会使保险失去意义。

## 真题示例

1. (2008-3-71) 王某将自己居住的房屋向某保险公司投保家庭财产保险。保险合同有效期内，该房屋因邻居家的小孩玩火而被部分毁损，损失10万元。下列哪些选项是错误的？

- A. 王某应当先向邻居索赔，在邻居无力赔偿的前提下才能向保险公司索赔
- B. 王某可以放弃对邻居的赔偿请求权，单独向保险公司索赔
- C. 若王某已从邻居处得到10万元的赔偿，其仍可向保险公司索赔
- D. 若王某从保险公司得到的赔偿不足10万元，其仍可向邻居索赔

答案：ABC。

解析：《保险法》第60条、第61条。



2. (2009-3-62) 潘某向保险公司投保了一年期的家庭财产保险。保险期间内,潘某一家外出,嘱托保姆看家。某日,保姆外出忘记锁门,窃贼乘虚而入,潘某家被盗财物价值近5000元。下列哪一表述是正确的?

- A. 应由保险公司赔偿,保险公司赔偿后无权向保姆追偿
- B. 损失系因保姆过错所致,保险公司不承担赔偿责任
- C. 潘某应当向保险公司索赔,不能要求保姆承担赔偿责任
- D. 潘某只能要求保姆赔偿,不能向保险公司索赔

答案:A。

解析:《保险法》第60条第1款和《保险法》第62条。

## 重点法条

第五十六条 重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人。

重复保险的各保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外,各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿保险金的责任。

重复保险的投保人可以就保险金额总和超过保险价值的部分,请求各保险人按比例返还保险费。

重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别与两个以上保险人订立保险合同,且保险金额总和超过保险价值的保险。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第六十五条 保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害,可以依照法律的规定或者合同的约定,直接向该第三者赔偿保险金。

责任保险的被保险人给第三者造成损害,被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的,根据被保险人的请求,保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的,第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。

责任保险的被保险人给第三者造成损害,被保险人未向该第三者赔偿的,保险人不得向被保险人赔偿保险金。

责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。

第六十六条 责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的,被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用,除合同另有约定外,由保险人承担。

## 法条精解

本条主要考察的是重复保险与责任保险。

### 1. 重复保险

(1) 重复保险的含义。重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别向两个以上保险人订立保险合同的保险。

(2) 重复保险的计算。重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人。因为财产保险合同具有补偿性,为了防止被保险人获得额外的利益,重复保险的保险金额总和超过保险价值的,各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外,各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿赔偿责任。

### 2. 责任保险

(1) 责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。

(2) 保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害,可以依照法律的规定或者合同的约定,直接向该第三者赔偿保险金。

(3) 责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的,除合同另有约定外,由被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用,由保险人承担。这是因为仲裁或诉讼的提起必然是因为保险人的原因而发生,仲裁或诉讼的结果也必然直接影响保险人的利益。



## 真题示例

(2003-3-53) 甲厂生产健身器, 其产品向乙保险公司投保了产品质量责任险。消费者华某使用该厂健身器被损伤而状告甲厂。甲厂委托鉴定机构对产品质量进行鉴定, 结论是该产品确有质量缺陷, 后甲厂被法院判决败诉并承担诉讼费。在此情形下, 乙保险公司应承担的保险赔偿责任应包括下列哪些范围?

- A. 法院判决甲厂赔偿给华某的经济损失 3 万元    B. 甲厂因上述诉讼所造成的名誉损失 2 万元  
C. 甲厂花去的鉴定费 8 000 元    D. 甲厂承担的诉讼费 1 500 元

答案: ACD。

解析: 本题是一个典型的责任保险案例, 首先被保险人甲厂支付的赔偿金就是乙保险公司承保的保险标的, 其次甲厂支出的鉴定费和诉讼费是进行诉讼付出的必要的、合理的费用, 所以答案为 ACD。

## 重点法条

第三十二条 投保人申报的被保险人年龄不真实, 并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的, 保险人可以解除合同, 并按照合同约定退还保险单的现金价值。保险人行使合同解除权, 适用本法第十六条第三款、第六款的规定。

投保人申报的被保险人年龄不真实, 致使投保人支付的保险费少于应付保险费的, 保险人有权更正并要求投保人补交保险费, 或者在给付保险金时按照实付保险费与应付保险费的比例支付。

投保人申报的被保险人年龄不真实, 致使投保人支付的保险费多于应付保险费的, 保险人应当将多收的保险费退还投保人。

## 法条精解

本条主要考察的是人身保险中对被保险人年龄的限制。

为了降低风险, 尽量防止保险事故发生, 保险公司对被保险人的年龄一般都做出限制, 避免与年龄过大或过小的被保险人发生保险法律关系。如投保人申报的被保险人年龄不真实, 则会发生对被保险人不利的法律后果:

1. 投保人申报的被保险人年龄不真实, 并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的, 保险人可以解除合同, 并按照合同约定退还保险单的现金价值。这是新法修改的亮点之一, “按照合同约定退还保险单的现金价值”的新规定与旧法“扣除手续费, 退还保险费”的规定相比, 更有利于保护投保人利益。当然, 新法也使保险人的法定解除权不受旧法中所规定的 2 年时间期限的限制, 体现了保险法协调各方利益的特点。

2. 投保人申报的被保险人年龄不真实, 但其真实年龄符合合同约定的年龄限制的, 则合同效力不受影响, 但:

(1) 投保人实付保险费少于应付保险费的, 保险人有权更正并要求投保人补交保险费, 或者在给付保险金时按照实付保险费与应付保险费的比例支付。

(2) 投保人实付保险费多于应付保险费的, 保险人应当将多收的保险费退还投保人。

## 真题示例

(2006-3-33) 某保险公司开设一种人寿险: 投保人逐年缴纳一定保费至 60 岁时可获得 20 万元保险金, 保费随起保年龄的增长而增加。41 岁的某甲精心计算后发现, 若从 46 岁起投保, 可最大限度降低保费, 遂在向保险公司投保时谎称自己 46 岁。3 年后保险公司发现某甲申报年龄不实。对此, 保险公司应如何处理?

- A. 因某甲谎报年龄, 可以主张合同无效  
B. 解除与某甲的保险合同, 所收保费不予退还  
C. 对某甲按 41 岁起保计算, 对多收部分保费退还某甲或冲抵其以后应缴纳的保费  
D. 解除与某甲的保险合同, 所收保费扣除手续费后退还某甲

答案: C。

解析: 某甲申报的年龄不真实但符合合同约定的年龄限制, 故保险公司不得解除合同, 合同有效, 某甲实付保险费多于应付保险费, 保险公司应当将多收的保险费退还某甲, 故 C 正确。



## 重点法条

第三十三条 投保人不得为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金条件的人身保险，保险人也不得承保。

父母为其未成年子女投保的人身保险，不受前款规定限制。但是，因被保险人死亡给付的保险金总和不得超过国务院保险监督管理机构规定的限额。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第三十四条 以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的，合同无效。

按照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押。

父母为其未成年子女投保的人身保险，不受本条第一款规定限制。

## 法条精解

本条主要考察的是对死亡保险中被保险人的限制。

死亡保险就是以被保险人的死亡作为保险金给付条件的人身保险合同，这种保险因为风险巨大，为了保护被保险人的的人身安全，《保险法》特别作出了以下限制：

1. 死亡保险的被保险人不得是无民事行为能力人。出于对我国传统的家庭人伦的信任，父母为其未成年子女投保人身保险不受此限，但为了防止巨大的经济利益扭曲人性，其死亡给付保险金额总和不得超过保险监督管理机构规定的限额。

2. 死亡保险未经被保险人“同意”并认可保险金额的，合同无效。新法的这一修改，说明以死亡为给付保险金条件的合同，不再要求被保险人的“书面同意”，只要可以举证证明被保险人同意并认可保险金额的，即可生效。父母为其未成年子女投保的人身保险，不受此限，但是因被保险人死亡给付的保险金总和不得超过国务院保险监督管理机构规定的限额。新法强调保险金总和和限额的设定机关是国务院保险监督管理机构是因为新法第9条规定：国务院保险监督管理机构根据履行职责的需要设立派出机构。

3. 依照死亡保险所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押。

## 重点法条

第三十五条 投保人可以按照合同约定向保险人一次支付全部保险费或者分期支付保险费。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第三十六条 合同约定分期支付保险费，投保人支付首期保险费后，除合同另有约定外，投保人自保险人催告之日起超过三十日未支付当期保险费，或者超过约定的期限六十日未支付当期保险费的，合同效力中止，或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。

被保险人在前款规定期限内发生保险事故的，保险人应当按照合同约定给付保险金，但可以扣减欠交的保险费。

第三十七条 合同效力依照本法第三十六条规定中止的，经保险人与投保人协商并达成协议，在投保人补交保险费后，合同效力恢复。但是，自合同效力中止之日起满二年双方未达成协议的，保险人有权解除合同。

保险人依照前款规定解除合同的，应当按照合同约定退还保险单的现金价值。

第三十八条 保险人对人寿保险的保险费，不得用诉讼方式要求投保人支付。

## 法条精解

本条主要考察的是保险费的缴纳及其对合同效力的影响。

### 1. 缴费方式

(1) 投保人于合同成立后，可以向保险人一次支付全部保险费。

(2) 投保人于合同成立后，也可以按照合同约定分期支付保险费。在此情况下，投保人应当于合同成立时支付首期保险费，并应当按期支付其余各期的保险费。





## 2. 不及时缴费的法律后果

(1) 合同效力的中止。合同约定分期支付保险费，投保人支付首期保险费后，除合同另有约定外，投保人自保险人催告之日起超过 30 日未支付当期保险费，或者超过约定的期限 60 日未支付当期保险费的，合同效力中止，或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。新法进一步完善了合同效力的中止条件，并明确规定了催告期间或者规定的逾期期间，保险责任的承担。

(2) 合同效力的恢复。合同效力中止的，经保险人与投保人协商并达成协议，在投保人补交保险费后，合同效力恢复。

(3) 合同的解除。合同效力中止之日起 2 年内双方未达成协议的，保险人有权解除合同。在此情况下，保险人按照合同约定退还保险单的现金价值。新法的规定不再区分投保人是否交足 2 年保险费，强调保险人应退还保险单的现金价值。

## 3. 缴费原则

保险人对人寿保险的保险费，不得用诉讼方式要求投保人支付，即保险费的缴纳完全自愿，不得强制。新法规定此原则只适用于人寿保险，缩小了禁止保险人诉讼救济保险费的范围，从原来的人身保险变成了人寿保险。使得对于健康险、意外伤害险等人身保险的保险费，保险人可以通过诉讼方式要求投保人交付。

### 真题示例

(2000-3-89) 张某欲为其 62 岁的母亲和 8 岁的女儿投保意外伤害保险。为此，他向保险公司详细询问了有关意外伤害保险的具体条件，也真实地回答了保险公司的提问。张某为其女儿投保的保险合同约定分期支付保险费。张某支付了首期保险费后，因长期外出，第二期超过 60 天未支付当期保险费，这可能引起什么后果？

- A. 合同效力中止
- B. 合同效力终止
- C. 保险人有权立即解除合同
- D. 由保险人按照合同约定的条件减少保险金额

答案：AD。

解析：在分期支付保险费情况下，除合同另有约定外，投保人自保险人催告之日起超过 30 日未支付当期保险费，或者超过约定的期限 60 日未支付当期保险费的，合同效力中止，或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。本题中张某在规定的逾期期间中未支付保险费，符合该情形，所以答案为 AD。

### 重点法条

第三十九条 人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定。

投保人指定受益人时须经被保险人同意。投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。

被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人。

#### 【关联法条】

#### 《保险法》

第四十条 被保险人或者投保人可以指定一人或者数人为受益人。

受益人为数人的，被保险人或者投保人可以确定受益顺序和受益份额；未确定受益份额的，受益人按照相等份额享有受益权。

第四十一条 被保险人或者投保人可以变更受益人并书面通知保险人。保险人收到变更受益人的书面通知后，应当在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单。

投保人变更受益人时须经被保险人同意。

第四十二条 被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《中华人民共和国继承法》的规定履行给付保险金的义务：

- (一) 没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的；
- (二) 受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；
- (三) 受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。

受益人与被保险人在同一事件中死亡，且不能确定死亡先后顺序的，推定受益人死亡在先。

### 法条精解

本条主要考察的是人身保险的受益人。



受益人是人身保险独有的概念，只有受益人才享有保险金的给付请求权。

### 1. 受益人的产生和变更

人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定，投保人指定受益人时须经被保险人同意。投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人（新法新增加的对投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险的受益人确定限制规定）。被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人。

被保险人或者投保人可以变更受益人并书面通知保险人。保险人收到变更受益人的书面通知后，应当在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单（新法使得保险人批注方式更加灵活）。投保人变更受益人时须经被保险人同意。

### 2. 受益人的受益权

被保险人或者投保人可以指定一人或者数人为受益人。受益人为数人的，被保险人或者投保人可以确定受益顺序和受益份额；未确定受益份额的，受益人按照相等份额享有受益权。受益人故意造成被保险人死亡、伤残、疾病的，或者故意杀害被保险人未遂的，丧失受益权。

### 3. 法定“受益人”

被保险人死亡后，遇有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人向被保险人的继承人（即法定“受益人”）履行给付保险金的义务：

- （1）没有指定受益人，或者受益人指定不明无法确定的；
- （2）受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；
- （3）受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的

## 真题示例

（2002-3-20）甲为自己投保一份人寿险，指定其妻为受益人。甲有一子4岁，甲母50岁且自己单独生活。某日，甲因交通事故身亡。该份保险的保险金依法应如何处理？

- A. 应作为遗产由甲妻、甲子、甲母共同继承      B. 应作为遗产由甲妻一人继承  
C. 应作为遗产由甲妻、甲子继承      D. 应全部支付给甲妻

答案：D。

解析：人身保险中只有受益人才享有保险金的给付请求权，受益人可以是一人或数人，但必须根据“指定”而产生，被保险人的继承人是没有权利的，故答案为D。

## 重点法条

第四十三条 投保人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他权利人退还保险单的现金价值。

受益人故意造成被保险人死亡、伤残、疾病的，或者故意杀害被保险人未遂的，该受益人丧失受益权。

### 【关联法条】

#### 《保险法》

第四十四条 以被保险人死亡为给付保险金条件的合同，自合同成立或者合同效力恢复之日起二年内，被保险人自杀的，保险人不承担给付保险金的责任，但被保险人自杀时为无民事行为能力人的除外。

保险人依照前款规定不承担给付保险金责任的，应当按照合同约定退还保险单的现金价值。

第四十五条 因被保险人故意犯罪或者抗拒依法采取的刑事强制措施导致其伤残或者死亡的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定退还保险单的现金价值。

## 法条精解

本条主要考察的是法定除外责任。

法定除外责任即《保险法》规定的保险公司不承担给付保险金责任的特殊情况，此时受益人自然不享有请求给付保险金的权利。此类情况共有三种：

### 1. 投保人或受益人的故意行为

投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人



已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他享有权利的受益人退还保险单的现金价值。

## 2. 被保险人自杀

(1) 死亡保险合同，被保险人自合同成立或者合同效力恢复之日（新法增加“合同效力恢复”的规定，更加严谨）起2年内，被保险人自杀的，保险人不承担给付保险金的责任，但对投保人已支付的保险费，保险人应按照保险单退还其现金价值。

(2) 死亡保险合同，被保险人自合同成立或者合同效力恢复之日起2年后自杀的，保险人可以按照合同给付保险金。

## 3. 被保险人故意犯罪

被保险人故意犯罪导致其自身伤残或者死亡的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足2年以上保险费的，保险人应当按照保险单退还其现金价值。

### 真题示例

(2004-3-25) 李某为其子投保了以死亡为给付保险金条件的人身保险，期限5年，保费已一次缴清。两年后其子因抢劫罪被判处死刑并已执行。李某要求保险公司履行赔付义务。对此，保险公司应如何处理？

- A. 依照合同规定给付保险金
- B. 根据李某已付保费，按照保单的现金价值予以退还
- C. 可以不承担给付保险金的义务，也不返还保险费
- D. 可以解除合同，但应全额退还保险费

答案：B。

解析：法谚有“任何人不能从犯罪行为中获得利益”的说法，犯罪分子自然不能获得保险的保障。根据《保险法》第45条的规定，被保险人故意犯罪构成保险公司的绝对抗辩理由，但投保人已交足2年以上保险费的，保险人应当按照保险单退还其现金价值，故选B。

### 重点法条

第四十六条 被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不享有向第三者追偿的权利，但被保险人或者受益人仍有权向第三者请求赔偿。

### 法条精解

本条主要考察的是人身保险保险人的禁止追偿。

代位求偿是财产保险独有的制度，人身保险是不存在的。人身保险的被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故的，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不得享有向第三者追偿的权利。但被保险人或者受益人仍有权向第三者请求赔偿。

### 真题示例

1. (2003-3-44) 2年前，陈某以其6岁的儿子陈丹为被保险人投保了一份5年期的人寿保险，未指定受益人。今年8月，陈丹因病住院，由于医院的医疗事故致使陈丹残疾。按照保险法的规定，下列表述哪些是正确的？

- A. 陈某既可以向医院索赔也可以同时要求保险公司承担责任
- B. 保险公司应向陈某支付保险金，而且不得向医院追偿
- C. 陈某投保时无须陈丹的书面同意
- D. 如陈丹不幸去世，则推定陈某为受益人

答案：ABC。

解析：本题答案为ABC。关键在于D，如陈丹不幸去世，在本题中没有指定受益人，则应由陈丹的法定继承人（包括陈某）继承遗产，而非凭借受益人的身份获取保险金，这是完全不同的法律关系，故其错误。

2. (2009-3-32) 丁某于2005年5月为其九周岁的儿子丁海购买一份人身保险。至2008年9月，丁某已支付了三年多的保险费。当年10月，丁海患病住院，因医院误诊误治致残。关于本案，下列哪一表述是正确的？



- A. 丁某可以在向保险公司索赔的同时要求医院承担赔偿责任
- B. 应当先由保险公司支付保险金，再由保险公司向医院追偿
- C. 丁某应先向医院索赔，若医院拒绝赔偿或无法足额赔偿，再要求保险公司支付保险金
- D. 丁某不能用诉讼方式要求保险公司支付保险金

答案：A。

解析：《保险法》第26条、第46条。

### 重点法条

第四十七条 投保人解除合同的，保险人应当自收到解除合同通知之日起三十日内，按照合同约定退还保险单的现金价值。

### 法条精解

本条主要考察的是人身保险合同的解除后果。

根据新法，投保人行使合同解除权，保险人应按照合同约定一律退还保险单的现金价值，不论其是否交足两年保险费。

### 真题示例

(2005-3-92) 张某到保险公司商谈分别为其62岁的母亲甲和8岁的女儿张乙投保意外伤害险事宜。张某向保险公司详细询问了有关意外伤害保险的具体条件，也如实地回答了保险公司的询问。张某续交保费两年后，由于经济上陷入困境，无力继续支付保费，遂要求解除保险合同并退还已交的保费。对于张某的这一请求，应当如何认定？

- A. 张某有权解除合同，但无权要求退还任何费用
- B. 张某有权解除合同，保险公司应当退还已交的保费
- C. 张某有权解除合同，保险公司应当退还保险单的现金价值
- D. 张某有权解除合同并要求按规定退还保费，但保险公司有权收取违约金

答案：C。

解析：投保人行使合同解除权，保险人应按照合同约定一律退还保险单的现金价值。所以选C。

## 《票据法》

### 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内的票据活动，适用本法。

本法所称票据，是指汇票、本票和支票。

### 法条精解

本条主要考察的是票据的概念、种类及特征。

票据是指出票人约定自己或委托付款人在见票时或指定的日期向收款人或持票人无条件支付一定金额并可流通转让的有价证券，包括汇票、本票和支票。

其特征有：

1. 无因性。权利人只要持有有效票据就可以享有票据权利，至于票据赖以发生的原因，在所不问。即使原因关系无效或有瑕疵，均不影响票据的效力。
2. 要式性。票据的作成必须严格按照票据法规定的制作格式和记载事项，票据行为必须依照票据法的规定在票据上载明法定事项并交付。
3. 设权性与提示性。票据权利与票据占有不可分离；行使票据权利必须出示票据。
4. 文义性。指票据权利义务的内容完全依据票据上记载的文义而定，即使其与实质关系的内容不一致，仍按票据上的记载而产生效力。
5. 流通性。票据法的立法宗旨在于鼓励票据的流通，保证票据流通的安全。





第四条 票据出票人制作票据，应当按照法定条件在票据上签章，并按照所记载的事项承担票据责任。持票人行使票据权利，应当按照法定程序在票据上签章，并出示票据。其他票据债务人在票据上签章的，按照票据所记载的事项承担票据责任。本法所称票据权利，是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。本法所称票据责任，是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第九条 票据上的记载事项必须符合本法的规定。

票据金额、日期、收款人名称不得更改，更改的票据无效。

对票据上的其他记载事项，原记载人可以更改，更改时应当由原记载人签章证明。

第十条 票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。

票据的取得，必须给付对价，即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价。

第十四条 票据上的记载事项应当真实，不得伪造、变造。伪造、变造票据上的签章和其他记载事项的，应当承担法律责任。

票据上有伪造、变造的签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。

票据上其他记载事项被变造的，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造之后签章的人，对变造之后的记载事项负责；不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的，视同在变造之前签章。

第十七条 票据权利在下列期限内不行使而消灭：

（一）持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起二年。见票即付的汇票、本票，自出票日起二年；

（二）持票人对支票出票人的权利，自出票日起六个月；

（三）持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起六个月；

（四）持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起三个月。

票据的出票日、到期日由票据当事人依法确定。

### 法条精解

本条主要考察的是票据权利。

#### 1. 含义与类型

票据权利是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。

付款请求权是持票人请求主债务人（付款人或承兑人）支付票据所载金额的权利。

追索权是持票人请求从债务人（前手，签章在前者）偿还票据所载金额及其他有关金额的权利。

#### 2. 票据权利的取得

（1）取得方式：①原始取得：包括发行取得与善意取得。②继受取得：包括依背书转让取得和依民事权利转让（赠与、继承、税收等）取得。

（2）取得条件：①取得手段合法；②主观为善意；③支付对价。

#### 3. 票据权利的行使与保全

票据权利的行使指票据权利人请求票据义务人履行义务，从而实现票据权利的行为。

票据权利的保全指票据权利人为了防止票据权利丧失所进行的行为。

持票人对票据债务人行使票据权利，或者保全票据权利，应当在票据当事人的营业场所和营业时间内进行，票据当事人无营业场所的，应当在其住所进行。

#### 4. 票据权利的消灭原因

（1）付款。付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。

（2）追索义务人清偿票据债务及追索费用。被追索人清偿债务后，其责任解除。

（3）票据时效期间届满。

票据权利在下列期限内不行使而消灭：①持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起2年。见票即付的汇票、本票，自出票日起2年；②持票人对支票出票人的权利，自出票日起6个月；③持票



人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月；④持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月。

(4) 票据记载事项欠缺。

(5) 保全手续欠缺。

#### 5. 票据权利的瑕疵

所谓票据权利的瑕疵，是指影响票据效力的行为。

##### (1) 票据的伪造和变造

票据伪造是指假借他人名义，在票据上为一定的票据行为，一般指票据签章的伪造；票据变造指无票据记载事项变更权限的人，对票据上记载事项加以变更，从而使票据法律关系的内容发生改变。

票据上有伪造、变造的签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。票据上其他记载事项被变造的，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造之后签章的人，对变造之后的记载事项负责；不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的，视同在变造之前签章。

##### (2) 票据的更改和涂销

票据的更改和涂销是指将票据上的签名或其他记载事项加以更改或涂抹消除的行为。票据金额、日期、收款人名称不得更改，更改的票据无效。对票据上的其他记载事项，原记载人可以更改，更改时应当由原记载人签章证明。

权利人故意所为的票据的涂销行为就其实质来说就是票据内容的更改，应发生上述票据更改的法律后果；权利人非故意所为的票据的涂销，涂销行为无效，票据依其未涂销时的记载事项发生法律效力。非权利人所为的票据涂销行为，发生票据伪造、变造的法律后果。

### 重点法条

第十三条 票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。但是，持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。

票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人，进行抗辩。

本法所称抗辩，是指票据债务人根据本法规定对票据债权人拒绝履行义务的行为。

#### 【关联法条】

##### 《票据法》

第十一条 因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，不受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得优于其前手的权利。

前手是指在票据签章人或者持票人之前签章的其他票据债务人。

第十二条 以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。

持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，也不得享有票据权利。

### 法条精解

本条主要考察的是票据的抗辩。

票据抗辩是票据债务人根据票据法的规定对票据债权人拒绝履行义务的行为。

#### 1. 票据抗辩的特征

与民法上的抗辩制度相比，票据抗辩权有其特点：

(1) 对票据金额全额抗辩；

(2) 票据保证人不具有先诉抗辩权。

#### 2. 票据抗辩种类

(1) 对物的抗辩。又称绝对抗辩、客观抗辩，指基于票据本身所作的，票据债务人可对任何票据债权人所作的抗辩，主要有以下情形：①欠缺法定必要记载事项或有法定禁止记载事项或不符合法定格式；②超过票据权利时效；③背书不连续；④票据尚未到期；⑤票据因除权判决而被宣告无效；⑥票据伪造时，被伪造的签章人可以提出抗辩；⑦票据变造时，变造前的签章人可对变造后的记载事项提出抗辩，变造后的签章人可对变造前的记载事项提出抗辩；⑧无权代理、越权代理情形下，本人可以提出相应抗辩；⑨无民事行为能力人或限制民事行为能力人的监护人可主张被监护人所为票据行为无效；⑩欠缺保全手续。



(2) 对人的抗辩。又称主观抗辩和相对抗辩,指基于票据义务人与特定票据权利人之间一定关系发生的抗辩,抗辩只能对特定票据权利人主张。主要有以下情形:①在原因关系不存在、无效或消灭的情形下,票据债务人可对有直接原因关系的票据权利人进行抗辩;②票据债务人可对有直接债权债务关系且未履行约定的持票人进行抗辩;③持票人以欺诈、偷盗、胁迫等非法手段取得票据,或明知有此类情形仍恶意取得票据;④持票人明知票据债务人与出票人或与持票人前手之间存在抗辩事由而取得票据;⑤持票人以重大过失取得票据。

### 3. 票据抗辩的限制

票据法对票据抗辩规定了一些限制,即所谓的抗辩切断制度。对物抗辩不存在抗辩的限制问题,对人的抗辩则存在一定限制。

(1) 对出票人抗辩的切断。票据债务人不得以自己与出票人之间的抗辩事由对抗持票人,例如承兑人不可以出票人违反委托付款协议对抗持票人。

(2) 对持票人前手的抗辩切断。票据债务人不得以自己与持票人前手(任何前手)之间的抗辩事由对抗持票人。

## 真题示例

(2009-3-31) 甲公司购买乙公司电脑 20 台,向乙公司签发金额为 10 万元的商业承兑汇票一张,丁公司在汇票上签章承诺:“本汇票已经本单位承兑,到期日无条件付款”。当该汇票的持票人行使付款请求权时,下列哪一说法是正确的?

A. 如该汇票已背书转让给丙公司,丙公司恰好欠汇票付款人某银行 10 万元到期贷款,则银行可以提出抗辩而拒绝付款

B. 如该汇票已背书转让给丙公司,则甲公司可以乙公司交付的电脑质量存在瑕疵为抗辩理由拒绝向丙公司付款

C. 因该汇票已经丁公司无条件承兑,故丁公司不可能再以任何理由对持票人提出抗辩

D. 甲公司在签发汇票时可以签注“以收到货物为付款条件”

答案:A。

解析:《票据法》第 13 条、第 19 条第 1 款规定和《票据法》第 22 条第 2 项。

## 重点法条

第六条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的,其签章无效,但是不影响其他签章的效力。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第七条 票据上的签章,为签名、盖章或者签名加盖章。

法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。

在票据上的签名,应当为该当事人的本名。

第八条 票据金额以中文大写和数码同时记载,二者必须一致,二者不一致的,票据无效。

## 法条精解

本条主要考察的是票据行为。

票据行为是以行为人在票据上进行必备事项的记载、完成签名并予以交付为要件,以发生或转移票据上权利、负担票据上债务为目的的要式法律行为。就票据行为来说,汇票包括出票、背书、承兑、保证;本票包括出票、背书、保证;支票包括出票和背书。其中,只有出票是基本票据行为,其他均为附属票据行为。

### 1. 票据行为的成立的要件

(1) 实质要件:行为人须有完全民事行为能力。

(2) 形式要件:① 书面。票据行为必须以书面形式和法定格式作成方得发生效力。② 签章。在票据上签章之人须照票据所载事项承担票据责任。③ 票据上须记载一定的事项。



## 2. 票据行为的特征

票据行为的最根本特征在于具有独立性,所谓独立性是指票据上的各个票据行为各自独立发生法律效力,不因其他票据行为的无效或有瑕疵而受影响。独立性主要表现在以下规定上:

(1) 票据上如有无行为能力人或限制行为能力人的签章,该签章的无效不影响其他签章的效力。

(2) 无代理权而以代理人名义在票据上签章的,应由签章人自己负担票据上的责任;代理人逾越代理权限时,就逾越的部分,亦应由签章人自负责任。

(3) 票据上签章的伪造和变造对其他真正签章的效力也不发生影响。

(4) 票据上被保证人的债务即使无效,保证人仍然要负担保证责任。

但必须注意,前一票据行为由于欠缺实质要件而无效才不对其后的票据行为产生影响;反之,如果前一票据行为由于欠缺形式要件而无效则会对其后的票据行为产生影响。以下两例说明了这个问题,请读者分析辨别。

### 重点法条

第十五条 票据丧失,失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付,但是,未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。

收到挂失止付通知的付款人,应当暂停支付。

失票人应当在通知挂失止付后三日内,也可以在票据丧失后,依法向人民法院申请公示催告,或者向人民法院提起诉讼。

### 法条精解

本条主要考察的是票据的丧失与补救。

票据丧失既包括绝对丧失(如票据毁损)也包括相对丧失(如票据被遗失)。我国法律规定了三种途径对丧失票据的权利人提供补救。

#### 1. 挂失止付

挂失止付是指票据权利人在丧失票据占有时,为防止可能发生的损害,保护自己的票据权利,通知票据上的付款人,请求其停止票据支付的行为。挂失止付由失票人向付款人或代理付款人提起。所以,无法确定付款人或代理付款人的票据如银行汇票,不能挂失止付。挂失止付的效力,在于使收到止付通知的付款人承担暂停票据付款的义务。付款人在接到止付通知后,如果仍然对票据进行付款,则无论善意与否,都应当承担赔偿责任。

付款人或者代理付款人收到挂失止付通知书后,应当立即暂停支付。失票人应当在通知挂失止付后3日内,也可以在票据丧失后,依法向人民法院申请公示催告,或者向人民法院提起诉讼。付款人或者代理付款人自收到挂失止付通知书之日起12日内没有收到人民法院的止付通知书的,自第13日起,挂失止付通知书失效。

#### 2. 公示催告

公示催告是指在票据等有偿证券丧失的场合,由法院依申请人的申请,向未知的利害关系人发出公告,告之其如果未在一定期间申报权利、提出证券,则法院会通过判决的形式宣告其无效,从而催促利害关系人申报权利、提出证券的一种特别诉讼程序。公示催告的申请人应是票据的合法权利人,包括票据上所载的收款人、能够以背书连续证明自己合法持票人身份的被背书人。

#### 3. 诉讼

即民事诉讼法中规定的普通民事诉讼程序。

### 真题示例

(1999-3-63) 票据付款被冒领的,在哪些情况下,付款人仍应对票据权利人承担付款责任?

- A. 付款人收到挂失止付通知的次日起3日内,没有收到失票人向人民法院申请公示催告或者提起诉讼的证明,而于3日期满后向持票人付款
- B. 付款人在收到挂失止付通知后,误以挂失人为真正权利人,而向挂失人付款
- C. 在挂失止付前,即期汇票被提示付款,该汇票背书无背书人的签名盖章,付款人立即向持票人付款
- D. 在挂失止付前,未到期的远期汇票被提示付款,付款人立即向持票人付款





答案：ABCD。

解析：《票据法》第58条规定：对定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，付款人在到期日前付款的，由付款人自行承担所产生的责任。第30条又规定：汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载被背书人名称。结合第15条的规定，BCD应选；根据《票据法》第15条，则A项应选。所以答案为ABCD。

## 重点法条

第二十二条 汇票必须记载下列事项：

- (一) 表明“汇票”的字样；
- (二) 无条件支付的委托；
- (三) 确定的金额；
- (四) 付款人名称；
- (五) 收款人名称；
- (六) 出票日期；
- (七) 出票人签章。

汇票上未记载前款规定事项之一的，汇票无效。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第二十条 出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。

第二十三条 汇票上记载付款日期、付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确。

汇票上未记载付款日期的，为见票即付。

汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。

汇票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

## 法条精解

本条主要考察的是汇票的出票。

### 1. 含义

汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。按照出票人的不同，汇票分为银行汇票和商业汇票。由银行签发的汇票为银行汇票，由银行以外的企业、单位等签发的汇票为商业汇票。

出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。

### 2. 出票行为的形式要件

为了保证出票行为的效力，票据上必须记载有一定的事项，这些事项根据效力分为两类。一类为绝对应当记载事项，即欠缺其一会导致票据无效；一类为相对应当记载事项，即出票人未记载时法律规定了推定的办法。

(1) 绝对应当记载事项：①表明“汇票”的字样。②无条件支付的委托。③确定的金额。票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。④付款人名称。⑤收款人名称。⑥出票日期。⑦出票人签章。票据上的签章，为签名、盖章或者签名加盖章。法人和其他使用票据的单位在票据上的签章，为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。在票据上的签名，应当为该当事人的本名。

(2) 相对应当记载事项：①汇票上记载的付款日期为汇票到期日，付款日期可以按照下列形式之一记载：见票即付；定日付款；出票后定期付款；见票后定期付款。如汇票上未记载付款日期的，为见票即付。②汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。③汇票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

## 真题示例

(2000-3-64) 依《票据法》规定，票据上未记载票据付款地时，下列哪些说法正确？

A. 汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地



- B. 本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地  
C. 支票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地  
D. 支票上未记载付款地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地

答案：AB。

解析：本题主要考查汇票的相对应当记载事项，答案应为 AB。

## 重点法条

第二十七条 持票人可以将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使。

出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。

持票人行使第一款规定的权利时，应当背书并交付汇票。

背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第三十条 汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载被背书人名称。

第三十一条 以背书转让的汇票，背书应当连续。持票人以背书的连续，证明其汇票权利；非经背书转让，而以其他合法方式取得汇票的，依法举证，证明其汇票权利。

前款所称背书连续，是指在票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。

第三十三条 背书不得附有条件。背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。

将汇票金额的一部分转让的背书或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书无效。

第三十四条 背书人在汇票上记载“不得转让”字样，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。

第三十六条 汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的，不得背书转让；背书转让的，背书人应当承担汇票责任。

## 法条精解

本条主要考察的是汇票的转让——背书。

### 1. 含义与特征

票据法上的汇票转让是通过背书方式进行的。所谓背书是指持票人在票据的背面或者粘单上记载有关事项，完成签章，并将其交付相对人，从而将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使的票据行为。票据凭证不能满足背书人记载事项的需要，可以加附粘单，粘附于票据凭证上，粘单上的第一记载人应当在汇票和粘单的粘接处签章。

背书转让无须经票据债务人同意，转让人也不退出票据关系。

### 2. 背书的形式要件

(1) 背书由背书人签章并记载背书日期。背书未记载日期的，视为在汇票到期日前背书。

(2) 汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载被背书人名称。

(3) 以背书转让的汇票，背书应当连续。持票人以背书的连续，证明其汇票权利；非经背书转让，而以其他合法方式取得汇票的，依法举证，证明其汇票权利。

所谓背书连续，是指在票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。连续背书的法律后果就是，具有权利证明效力。具体体现在以下三个方面：①持票人所持票据上的背书如果具有连续性，就可以凭此票据行使票据权利，无须再举其他证明自己为真正票据权利人的证据。②票据付款人在向背书连续的票据持有人付款时，无须审查对方是否真正的票据权利人。当然，票据债务人在付款时必须是没有恶意或重大过失。③依连续背书而取得票据之人，当然享有票据权利。但是，被背书人在接受票据时，如果明知或者可得知背书人的背书行为在实质上无效，便不得取得票据权利。

### 3. 背书转让的限制情形

(1) 出票人的限制背书。出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。

(2) 背书人的限制背书。背书人在汇票上记载“不得转让”字样，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。



(3) 附条件背书。背书不得附有条件。背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。

(4) 部分背书与分别背书。将汇票金额的一部分转让的背书或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书无效。

(5) 期后背书。汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的，不得背书转让；背书转让的，背书人应当承担汇票责任。

(6) 回头背书。回头背书就是以自己的前手为被背书人进行的背书。回头背书的法律后果是导致追索权的完全或部分消灭，具体而言：持票人为出票人的，对其前手无追索权；持票人为背书人的，对其后手无追索权。

(7) 委托收款背书。背书记载“委托收款”字样的，被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。但是，被背书人不得再以背书转让汇票权利。

(8) 质押背书。汇票可以设定质押；质押时应当以背书记载“质押”字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。

### 真题示例

(2008-3-28) 甲公司在交易中取得汇票一张，金额 10 万元，汇票签发人为乙公司，甲公司在承兑时被拒绝。其后，甲公司在一次交易中需支付丙公司 10 万元货款，于是甲公司将该汇票背书转让给丙公司，丙公司承兑时亦被拒绝。下列哪一选项是正确的？

- A. 丙公司有权要求甲公司给付汇票上的金额
- B. 丙公司有权要求甲公司返还交易中的对价
- C. 丙公司有权向乙公司行使追索权要求其给付汇票上的金额
- D. 丙公司应当请求甲公司承担侵权赔偿责任

答案：A。

解析：《票据法》第 36 条规定，汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的，不得背书转让；背书转让的，背书人应当承担汇票责任。所以本题中，丙公司有权要求甲公司给付汇票上的金额，承担汇票责任，答案 A 是正确的。

### 重点法条

第四十三条 付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。

### 法条精解

本条主要考察的是汇票的承兑。

#### 1. 含义

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。

#### 2. 承兑的基本原则

承兑的基本原则为自由承兑、完全承兑和单纯承兑原则。

#### 3. 提示承兑的时间及不提示承兑的后果

提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。见票即付的汇票无需提示承兑。

(1) 定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。

(2) 见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起一个月内向付款人提示承兑。

(3) 汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

#### 4. 承兑的时间及形式

(1) 付款人对向其提示承兑的汇票，应当自收到提示承兑的汇票之日起 3 日内承兑或者拒绝承兑。

(2) 付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。汇票上未记载承兑日期的，以前述规定承兑期限的最后 1 日为承兑日期。

#### 5. 附条件承兑

付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。



## 真题示例

(2003-3-17) 乙公司在与甲公司交易中获金额为 300 万元的汇票一张, 付款人为丙公司。乙公司请求承兑时, 丙公司在汇票上签注: “承兑。甲公司款到后支付。” 下列关于丙公司付款责任的表述哪个是正确的?

- A. 丙公司已经承兑, 应承担付款责任
- B. 应视为丙公司拒绝承兑, 丙公司不承担付款责任
- C. 甲公司给丙公司付款后, 丙公司才承担付款责任
- D. 按甲公司给丙公司付款的多少确定丙公司应承担的付款责任

答案: B。

解析: 根据《票据法》第 43 条规定, 付款人承兑汇票, 不得附有条件; 承兑附有条件的, 视为拒绝承兑。故选 B。

## 重点法条

第四十八条 保证不得附有条件; 附有条件的, 不影响对汇票的保证责任。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第五十一条 保证人为二人以上的, 保证人之间承担连带责任

第五十二条 保证人清偿汇票债务后, 可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

## 法条精解

本条主要考察的是汇票的保证。

### 1. 含义

汇票的保证是指汇票债务人以外的第三人, 担保特定的票据债务人能够履行票据债务的票据行为。汇票的债务可以由保证人承担保证责任。保证人由汇票债务人以外的他人担当。

### 2. 附条件保证

保证不得附有条件; 附有条件的, 不影响对汇票的保证责任。

### 3. 票据保证的特点

被保证的汇票, 保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。保证人为二人以上的, 保证人之间承担连带责任。

## 真题示例

(2005-3-32) 乙公司与丙公司交易时以汇票支付。丙公司见汇票出票人为甲公司, 遂要求乙公司提供担保, 乙公司请丁公司为该汇票作保证, 丁公司在汇票背书栏签注“若甲公司出票真实, 本公司愿意保证。” 后经了解甲公司实际并不存在。丁公司对该汇票承担什么责任?

- A. 应承担一定赔偿责任
- B. 只承担一般保证责任, 不承担票据保证责任
- C. 应当承担票据保证责任
- D. 不承担任何责任

答案: C。

解析: 本题考查附条件保证, 根据法律规定: 保证不得附有条件; 附有条件的, 不影响对汇票的保证责任。所以答案应为 C。

## 重点法条

第六十一条 汇票到期被拒绝付款的, 持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。

汇票到期日前, 有下列情形之一的, 持票人也可以行使追索权:

- (一) 汇票被拒绝承兑的;
- (二) 承兑人或者付款人死亡、逃匿的;
- (三) 承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。





## 【关联法条】

### 《票据法》

第六十八条 汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。

持票人可以 not 按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。

持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。被追索人清偿债务后，与持票人享有同一权利。

第六十九条 持票人为出票人的，对其前手无追索权。持票人为背书人的，对其后手无追索权。

第七十条 持票人行使追索权，可以请求被追索人支付下列金额和费用：

- (一) 被拒绝付款的汇票金额；
- (二) 汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；
- (三) 取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

被追索人清偿债务时，持票人应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

第七十一条 被追索人依照前条规定清偿后，可以向其他汇票债务人行使再追索权，请求其他汇票债务人支付下列金额和费用：

- (一) 已清偿的全部金额；
- (二) 前项金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；
- (三) 发出通知书的费用。

行使再追索权的被追索人获得清偿时，应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

## 法条精解

本条主要考察的是汇票的追索权。

### 1. 含义

追索权是指持票人在提示承兑或者提示付款，而未获承兑或未获付款时，依法向其前手请求偿还票据金额及其他金额的权利。

追索可以分为最初追索和再追索，前者是最后持票人向债务人进行的追索；后者是被追索人向其前手再进行的追索。追索权的当事人分为追索权人和被追索人。依法享有追索权的人称为追索权人或追索人，可以分为最初追索权人和再追索权人。追索权人行使追索权所针对的义务人即为被追索人。汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任，他们均为追索义务人。

### 2. 追索权的特性

(1) 选择性。持票人可以 not 按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。

(2) 变更性。持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。

(3) 代位性。被追索人清偿债务后，与持票人享有同一权利，可以继续行使追索。

### 3. 追索的原因

(1) 汇票到期日前，有下列情形之一的，持票人可以行使追索权（期前追索原因）：① 汇票被拒绝承兑的；② 承兑人或者付款人死亡、逃匿的；③ 承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。

(2) 汇票到期被拒绝付款的，持票人可以行使追索权（期后追索原因）。

### 4. 追索金额

(1) 最初追索金额。持票人行使追索权，可以请求被追索人支付下列金额和费用：① 被拒绝付款的汇票金额；② 汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；③ 取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

(2) 再追索金额。被追索人可以向其他汇票债务人行使再追索权，请求其他汇票债务人支付下列金额和费用：① 已清偿的全部金额；② 前项金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；③ 发出通知书的费用。

## 真题示例

1. (2004-3-65) 甲公司在与乙公司交易中获汇票一张，出票人为丙公司，承兑人为丁公司，付款人



为戊公司，汇票到期日为2003年11月30日。当下列哪些情况发生时，甲公司可以在汇票到期日前行使追索权？

- A. 乙公司申请注销法人资格
- B. 丙公司被宣告破产
- C. 丁公司被吊销营业执照
- D. 戊公司因违法被责令终止业务活动

答案：CD。

解析：本题考查期前追索原因，根据《票据法》第61条的规定，承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的，持票人可以行使追索权。所以答案应为CD。

2. (2009-3-77) 甲公司在与乙公司交易中获得由乙公司签发的面额50万元的汇票一张，付款人为丙银行。甲公司向丁某购买了一批货物，将汇票背书转让给丁某以支付货款，并记载“不得转让”字样。后丁某又将此汇票背书给戊某。如戊某在向丙银行提示承兑时遭拒绝，戊某可向谁行使追索权？

- A. 丁某
- B. 乙公司
- C. 甲公司
- D. 丙银行

答案：AB。

解析：在本案中，乙公司是出票人，丁是背书人，戊在被拒绝付款后，根据《票据法》第61条第1款的规定，可以向乙公司与丁某行使追索权。因此，AB项正确。本题中，甲公司是在背书时记载了“不得转让”字样的背书人，根据法律的规定，甲对其后手丁的被背书人戊不承担保证责任。因此，戊不能向甲公司行使追索权。因此，C项错误。丙银行是付款人，在戊提示付款时丙银行已经拒绝了戊的付款请求，不是票据债务人，不属于被追索人员的范围。因此，D项错误。

## 重点法条

第七十六条 本票上记载付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确。

本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。

本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第七十三条 本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

本法所称本票，是指银行本票。

第七十五条 本票必须记载下列事项：

- (一) 表明“本票”的字样；
- (二) 无条件支付的承诺；
- (三) 确定的金额；
- (四) 收款人名称；
- (五) 出票日期；
- (六) 出票人签章。

本票上未记载前款规定事项之一的，本票无效。

第七十八条 本票自出票日起，付款期限最长不得超过二个月。

## 法条精解

本条主要考察的是本票的特殊规定。

### 1. 含义与种类

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

票据法所称本票，是指银行本票。

### 2. 出票

为了保证出票行为的效力，票据上必须记载有一定的事项，这些事项根据效力分为两类。一类为绝对应当记载事项，即欠缺其一会导致票据无效；一类为相对应当记载事项，即出票人未记载时法律规定了推定的办法。

(1) 绝对应当记载事项：①表明“本票”的字样。②无条件支付的承诺。③确定的金额。票据金额以



中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。④收款人名称。⑤出票日期。⑥出票人签章。票据上的签章，为签名、盖章或者签名加盖章。法人和其他使用票据的单位在票据上的签章，为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。在票据上的签名，应当为该当事人的本名。

(2) 相对应当记载事项：①本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。②本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

### 3. 付款期限

本票自出票日起，付款期限最长不得超过2个月。

## 重点法条

第八十六条 支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。

支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。

支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

出票人可以在支票上记载自己为收款人。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第八十一条 支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

第八十四条 支票必须记载下列事项：

(一) 表明“支票”的字样；

(二) 无条件支付的委托；

(三) 确定的金额；

(四) 付款人名称；

(五) 出票日期；

(六) 出票人签章。

支票上未记载前款规定事项之一的，支票无效。

第八十五条 支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前的支票，不得使用。

第八十七条 支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。

出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的，为空头支票。禁止签发空头支票。

第九十条 支票限于见票即付，不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的，该记载无效。

第九十一条 支票的持票人应当自出票日起十日内提示付款；异地使用的支票，其提示付款的期限由中国人民银行另行规定。

超过提示付款期限的，付款人可以不予付款；付款人不予付款的，出票人仍应当对持票人承担票据责任。

## 法条精解

本条主要考察的是支票的特殊规定。

### 1. 含义

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的，为空头支票。禁止签发空头支票。

### 2. 出票

为了保证出票行为的效力，票据上必须记载有一定的事项，这些事项根据效力分为两类。一类为绝对应当记载事项，即欠缺其一会导致票据无效；一类为相对应当记载事项，即出票人未记载时法律规定了推定的办法。

(1) 绝对应当记载事项：①表明“支票”的字样。②无条件支付的委托。③确定的金额。票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。支票上的金额可以由出票人授权补



记,未补记前的支票,不得使用。④付款人名称。⑤出票日期。⑥出票人签章。票据上的签章,为签名、盖章或者签名加盖章。法人和其他使用票据的单位在票据上的签章,为该法人或者该单位的盖章加其法定代表人或者其授权的代理人的签章。在票据上的签名,应当为该当事人的本名。

(2) 相对应记载事项:①支票上未记载收款人名称的,经出票人授权,可以补记。出票人可以在支票上记载自己为收款人。②支票上未记载付款地的,付款人的营业场所为付款地。③支票上未记载出票地的,出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

### 3. 付款期限

支票限于见票即付,不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的,该记载无效。

### 4. 提示付款

支票的持票人应当自出票日起 10 日内提示付款。超过提示付款期限的,付款人可以不予付款;付款人不予付款的,出票人仍应当对持票人承担票据责任。

## 真题示例

(2006-3-73) 甲公司于 2006 年 3 月 2 日签发同城使用的支票 1 张给乙公司,金额为 10 万元人民币,付款人为丁银行。次日,乙公司将支票背书转让给丙公司。2006 年 3 月 17 日,丙公司请求丁银行付款时遭拒绝。丁银行拒绝付款的正当理由有哪些?

- A. 丁银行不是该支票的债务人
- B. 甲公司在丁银行账户上的存款仅有 2 万元人民币
- C. 该支票的债务人应该是甲公司和乙公司
- D. 丙公司未按期提示付款

答案:BD。

解析:《票据法》第 87 条、第 91 条。

## 重点法条

第八十条 本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使,除本章规定外,适用本法第二章有关汇票的规定。

本票的出票行为,除本章规定外,适用本法第二十四条关于汇票的规定。

### 【关联法条】

#### 《票据法》

第九十三条 支票的背书、付款行为和追索权的行使,除本章规定外,适用本法第二章有关汇票的规定。

支票的出票行为,除本章规定外,适用本法第二十四条、第二十六条关于汇票的规定。

## 法条精解

本条主要考察的是本票与支票适用汇票的规定。

票据法中本票与支票的规定远远少于汇票,一个重要的原因在于汇票的许多制度可以被本票和支票直接借用,故没有必要重复,考生不要误以为这些制度不存在。具体而言:

1. 本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使,除票据法特别规定外,适用票据法有关汇票的规定。本票的出票行为,除票据法特别规定外,适用《票据法》第 24 条关于汇票的规定。
2. 支票的背书、付款行为和追索权的行使,除票据法特别规定外,适用票据法有关汇票的规定。支票的出票行为,除票据法特别规定外,适用《票据法》第 24 条、第 26 条关于汇票的规定。

# 《海商法》

## 重点法条

第二条 本法所称海上运输,是指海上货物运输和海上旅客运输,包括海江之间、江海之间的直达运输。





本法第四章海上货物运输合同的规定，不适用于中华人民共和国港口之间的海上货物运输。

#### 【关联法条】

#### 《海商法》

第三条 本法所称船舶，是指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和 20 总吨以下的小型船舶除外。前款所称船舶，包括船舶属具。

### 法条精解

本条主要考察的是海商法的适用范围。

#### 1. 适用范围

海商法所称海上运输，是指海上货物运输和海上旅客运输，包括海江之间、江海之间的直达运输。还需特别指出的是，该法第四章海上货物运输合同的规定，不适用于中华人民共和国港口之间的海上货物运输。

#### 2. 船舶的概念

海商法所称船舶，是指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和 20 总吨以下的小型船舶除外。前款所称船舶，包括船舶属具。由此可见，船舶的概念受到三方面制约：海上；商用；吨位。

### 重点法条

第七条 船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶享有占有、使用、收益和处分的权利。

#### 【关联法条】

#### 《海商法》

第九条 船舶所有权的取得、转让和消灭，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。船舶所有权的转让，应当签订书面合同。

第十条 船舶由两个以上的法人或者个人共有的，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。

### 法条精解

船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶享有占有、使用、收益和处分的权利。

1. 船舶所有权的取得、转让和消灭，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。船舶所有权的转让，应当签订书面合同。

2. 船舶由两个以上的法人或者个人共有的，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。也就是说，船舶所有权的最大特点就是公示方法为登记。

### 重点法条

第十六条 船舶共有人就共有船舶设定抵押权，应当取得持有三分之二以上份额的共有人的同意，共有人之间另有约定的除外。船舶共有人设定的抵押权，不因船舶的共有权的分割而受影响。

#### 《海商法》

第十一条 船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。

第十二条 船舶所有人或者船舶所有人授权的人可以设定船舶抵押权。

船舶抵押权的设定，应当签订书面合同。

### 法条精解

本条主要考察的是船舶抵押权的内容。

#### 1. 含义

船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。



## 2. 特点

(1) 设定船舶抵押权,应当签订书面合同,由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记;未经登记的,不得对抗第三人。船舶抵押权也以登记作为公示方法。

(2) 船舶共有人就共有船舶设定抵押权,应当取得持有 2/3 以上份额的共有人的同意,共有人之间另有约定的除外。船舶共有人设定的抵押权,不因船舶的共有权的分割而受影响。

### 真题示例

(2004-3-33) 甲、乙、丙、丁共有一轮船,甲占该船 70% 份额。现甲欲将该船作抵押向某银行贷款 500 万元。如各共有人事先对此未作约定,则甲的抵押行为:

- A. 无须经任何人同意
- B. 须经乙、丙、丁一致同意
- C. 须经乙、丙、丁中份额最大的一人同意
- D. 须经乙、丙、丁中的两人同意

答案: A。

解析: 依照共有船舶抵押的特殊规定: 船舶共有人就共有船舶设定抵押权,应当取得持有 2/3 以上份额的共有人的同意,共有人之间另有约定的除外。所以本题答案应为 A。

### 重点法条

第二十二条 下列各项海事请求具有船舶优先权:

(一) 船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求;

(二) 在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求;

(三) 船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求;

(四) 海难救助的救助款项的给付请求;

(五) 船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。

载运 2000 吨以上的散装货油的船舶,持有有效的证书,证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的,对其造成的油污损害的赔偿请求,不属于前款第(五)项规定的范围。

#### 【关联法条】

#### 《海商法》

第二十一条 船舶优先权,是指海事请求人依照本法第二十二条的规定,向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求,对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。

第二十三条 本法第二十二条第一款所列各项海事请求,依照顺序受偿。但是,第(四)项海事请求,后于第(一)项至第(三)项发生的,应当先于第(一)项至第(三)项受偿。

本法第二十二条第一款第(一)、(二)、(三)、(五)项中有两个以上海事请求的,不分先后,同时受偿;不足受偿的,按照比例受偿。第(四)项中有两个以上海事请求的,后发生的先受偿。

第二十五条 船舶优先权先于船舶留置权受偿,船舶抵押权后于船舶留置权受偿。

前款所称船舶留置权,是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时,可以留置所占有的船舶,以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。船舶留置权在造船人、修船人不再占有其所造或者所修的船舶时消灭。

第二十六条 船舶优先权不因船舶所有权的转让而消灭。但是,船舶转让时,船舶优先权自法院应受让人申请予以公告之日起满六十日不行使的除外。

第二十九条 船舶优先权,除本法第二十六条规定的外,因下列原因之一而消灭:

- (一) 具有船舶优先权的海事请求,自优先权产生之日起满一年不行使;
- (二) 船舶经法院强制出售;
- (三) 船舶灭失。

前款第(一)项的一年期限,不得中止或者中断。

### 法条精解

本条主要考察的是船舶优先权的内容。





### 1. 含义

船舶优先权,是指海事请求人依照本法第22条的规定,向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求,对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。

### 2. 范围与顺序

下列各项海事请求具有船舶优先权:

(1) 船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求;

(2) 在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求;

(3) 船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求;

(4) 海难救助的救助款项的给付请求;

(5) 船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。

载运2000吨以上的散装货油的船舶,持有有效的证书,证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的,对其造成的油污损害的赔偿请求,不属于上述第(5)项规定的范围。

上述所列各项海事请求,依照顺序受偿。但是,第(4)项海事请求,后于第(1)项至第(3)项发生的,应当先于第(1)项至第(3)项受偿。

上述第(1)、(2)、(3)、(5)项中有两个以上海事请求的,不分先后,同时受偿;不足受偿的,按照比例受偿。第(4)项中有两个以上海事请求的,后发生的先受偿。

上文所述的船舶优先权的优先性非常复杂,应当从以下几方面进行判断。

(1) 船舶优先权担保的债权(海事请求)优先于无担保的债权;

(2) 船舶优先权优先于其他船舶担保物权(留置权和抵押权);

(3) 船舶优先权担保的不同类的海事请求也有先后之别,这主要是考虑以下几方面因素:①保证国家税收原则;②保护船员利益原则;③为其他债权受偿创造条件的债权优先原则;④侵权之债优先于合同之债原则;⑤人身伤亡之债优先财产损害之债原则。

(4) 船舶优先权担保的同一类的不同“项”的海事请求,一般原则是不分先后,按比例受偿。但对于救助报酬等其他具有对已存在的船舶优先权起着保全作用的海事请求,则采用以时间为准的“倒序原则”,或称“先发生,后受偿”原则排列优先受偿顺序。以救助为例,当同时存在两个以上的救助报酬时,则最后发生的最先受偿。但若同时发生,则按比例受偿。

### 3. 船舶优先权与其他船舶物权的关系

船舶优先权先于船舶留置权受偿,船舶抵押权后于船舶留置权受偿。

所谓船舶留置权,是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时,可以留置所占有的船舶,以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。

### 4. 船舶优先权的消灭

船舶优先权,因下列原因之一而消灭:

(1) 具有船舶优先权的海事请求,自优先权产生之日起满1年(该1年不得中止或者中断)不行使;

(2) 船舶经法院强制出售;

(3) 船舶灭失;

(4) 船舶优先权不因船舶所有权的转让而消灭。但是,船舶转让时,船舶优先权自法院应受让人申请予以公告之日起满60日不行使的除外。

### 真题示例

(2006-3-72) 依照我国《海商法》的规定,附于甲轮上的船舶优先权会因下列哪些原因而消灭?

A. 甲轮沉没

B. 甲轮原船东将该船出售给另一船公司

C. 甲轮被法院强制出售

D. 请求人在船舶优先权产生之日起满1年仍不行使

答案: ACD。

解析:《海商法》第26条、第29条。

### 重点法条

第四十六条 承运人对集装箱装运的货物的责任期间,是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物

时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。承运人对非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。在承运人的责任期间，货物发生灭失或者损坏，除本节另有规定外，承运人应当负赔偿责任。

前款规定，不影响承运人就非集装箱装运的货物，在装船前和卸船后所承担的责任，达成任何协议。

### 法条精解

本条主要考察的是承运人的责任期间。

1. 承运人对集装箱装运的货物的责任期间，是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。

2. 承运人对非集装箱装运的货物的责任期间，除另有约定外，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。在承运人的责任期间，货物发生灭失或者损坏，除另有规定外，承运人应当负赔偿责任。

### 真题示例

(2006-3-29) 依照我国《海商法》的规定，下列哪项是正确的？

- A. 承运人对集装箱装运的货物的责任期间是从货物装上船起至卸下船止
- B. 上海至广州的货物运输应当适用海商法
- C. 天津至韩国釜山的货物运输应当适用海商法
- D. 海商法与民法规定不同时，适用民法的规定

答案：C。

解析：《海商法》第2条、第46条。

### 重点法条

第四十七条 承运人在船舶开航前和开航当时，应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，妥善配备船员、装备船舶和配备供应品，并使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所适于并能安全收受、载运和保管货物。

### 法条精解

本条主要考察的是承运人的适航义务。

承运人在船舶开航前和开航当时，应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，妥善配备船员、装备船舶和配备供应品，并使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所适于并能安全收受、载运和保管货物（即适货）。

### 重点法条

第五十一条 在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：

- (一) 船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；
- (二) 火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；
- (三) 天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；
- (四) 战争或者武装冲突；
- (五) 政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；
- (六) 罢工、停工或者劳动受到限制；
- (七) 在海上救助或者企图救助人命或者财产；
- (八) 托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；
- (九) 货物的自然特性或者固有缺陷；
- (十) 货物的包装不良或者标志欠缺、不清；
- (十一) 经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；
- (十二) 非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

承运人依照前款规定免除赔偿责任的，除第（二）项规定的原因外，应当负举证责任。

### 【关联法条】

#### 《海商法》

第五十三条 承运人在舱面上装载货物，应当同托运人达成协议，或者符合航运惯例，或者符合有关





法律、行政法规的规定。

承运人依照前款规定将货物装载在舱面上，对由于此种装载的特殊风险造成的货物灭失或者损坏，不负赔偿责任。

承运人违反本条第一款规定将货物装载在舱面上，致使货物遭受灭失或者损坏的，应当负赔偿责任。

第五十四条 货物的灭失、损坏或者迟延交付是由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的不能免除赔偿责任的原因和其他原因共同造成的，承运人仅在其不能免除赔偿责任的范围内负赔偿责任；但是，承运人对其他原因造成的灭失、损坏或者迟延交付应当负举证责任。

### 法条精解

本条主要考察的是承运人的免责原因。

在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：

(1) 船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；

(2) 火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；

(3) 天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；

(4) 战争或者武装冲突；

(5) 政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；

(6) 罢工、停工或者劳动受到限制；

(7) 在海上救助或者企图救助人命或者财产；

(8) 托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；

(9) 货物的自然特性或者固有缺陷；

(10) 货物的包装不良或者标志欠缺、不清；

(11) 经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；

(12) 因运输活动物的固有的特殊风险造成活动物灭失或者损害的，承运人不负赔偿责任。但是，承运人应当证明业已履行托运人关于运输活动物的特别要求，并证明根据实际情况，灭失或者损害是由于此种固有的特殊风险造成的；

(13) 承运人在舱面上装载货物，应当同托运人达成协议，或者符合航运惯例，或者符合有关法律、行政法规的规定。承运人依照上述规定将货物装载在舱面上，对由于此种装载的特殊风险造成的货物灭失或者损坏，不负赔偿责任。承运人违反上述规定将货物装载在舱面上，致使货物遭受灭失或者损坏的，应当负赔偿责任；

(14) 非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

### 真题示例

(2005-3-34) 甲公司委托乙海运公司运送一批食品和一台大型设备到欧洲，并约定设备可装载于舱面。甲公司要求乙海运公司即日启航，乙海运公司告知：可以启航，但来不及进行适航检查。随即便启航出海。乙海运公司应对本次航行中产生的哪一项损失承担责任？

A. 因遭受暴风雨致使装载于舱面的大型设备跌落大海

B. 因途中救助人命耽误了航行，迟延交货致使甲公司受损

C. 海运公司的工作人员在卸载货物时因操作不慎，使两箱食品落水

D. 因船舱螺丝松动，在遭遇暴风雨时货舱进水淹没了 2/3 的食品

答案：D。

解析：根据法定免责条件，AB 两项无须承运人承担赔偿责任；根据《海商法》第 46 条第 1 款的规定，承运人对非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。本题中，甲公司委托乙海运公司运送一批食品和一台大型设备到欧洲，应属于非集装箱装运，所以乙海运公司的责任在货物越过船舷即告终止，所以 C 项中乙海运公司不用承担赔偿责任；D 项中因为海运公司没有尽到谨慎处理使船舶适航的义务所以应当承担赔偿责任。所以答案为 D。

### 重点法条

第一百六十七条 船舶发生碰撞，是由于不可抗力或者其他不能归责于任何一方的原因或者无法查明



的原因造成的，碰撞各方互相不负赔偿责任。

### 【关联法条】

#### 《海商法》

第一百六十八条 船舶发生碰撞，是由于一船的过失造成的，由有过失的船舶负赔偿责任。

第一百六十九条 船舶发生碰撞，碰撞的船舶互有过失的，各船按照过失程度的比例负赔偿责任；过失程度相当或者过失程度的比例无法判定的，平均负赔偿责任。

互有过失的船舶，对碰撞造成的船舶以及船上货物和其他财产的损失，依照前款规定的比例负赔偿责任。碰撞造成第三人财产损失的，各船的赔偿责任均不超过其应当承担的比例。

互有过失的船舶，对造成的第三人的人身伤亡，负连带赔偿责任。一船连带支付的赔偿超过本条第一款规定的比例的，有权向其他有过失的船舶追偿。

第二百六十一条 有关船舶碰撞的请求权，时效期间为二年，自碰撞事故发生之日起计算；

本法第一百六十九条第三款规定的追偿请求权，时效期间为一年，自当事人连带支付损害赔偿之日起计算。

第二百七十三条 船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法律。

船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。

同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

### 法条精解

本条主要考察的是船舶碰撞的内容。

#### 1. 含义（包括两种类型）

船舶碰撞，不仅包括船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故，还包括船舶因操纵不当或者不遵守航行规章，虽然实际上没有同其他船舶发生碰撞，但是使其他船舶以及船上的人员、货物或者其他财产遭受损失的情况。

#### 2. 责任承担

（1）船舶发生碰撞，是由于不可抗力或者其他不能归责于任何一方的原因或者无法查明的原因造成的，碰撞各方互相不负赔偿责任。

（2）船舶发生碰撞，是由于一船的过失造成的，由有过失的船舶负赔偿责任。

（3）船舶发生碰撞，碰撞的船舶互有过失的，各船按照过失程度的比例负赔偿责任；过失程度相当或者过失程度的比例无法判定的，平均负赔偿责任。

互有过失的船舶，对碰撞造成的船舶以及船上货物和其他财产的损失，依照上述规定的比例负赔偿责任。碰撞造成第三人财产损失的，各船的赔偿责任均不超过其应当承担的比例。

互有过失的船舶，对造成的第三人的人身伤亡，负连带赔偿责任。一船连带支付的赔偿超过上述规定的比例的，有权向其他有过失的船舶追偿。

#### 3. 时效

有关船舶碰撞的请求权，时效期间为2年，自碰撞事故发生之日起计算。

#### 4. 法律适用

船舶碰撞的法律适用遵循三个规则：

（1）侵权行为发生地原则：在领海内或内陆水域内发生的船舶碰撞案件，适用侵权行为地法律；

（2）受理法院所在地原则：不同国籍的船舶在公海上发生的碰撞案件适用受理法院所在地的法律；

（3）船舶国籍原则：同一国籍的船舶无论在何地相撞，也无论由哪一法院受理，均适用船舶船旗国的法律。

### 真题示例

（2004-3-26）悬挂不同国旗的甲、乙两船在公海相撞后，先后驶入我国港口，并在我国海事法院提起索赔诉讼。根据我国《海商法》，我国法院审理该案应适用什么法律？

A. 甲船先到达港口，应适用甲船船旗国法律

B. 乙船是被告，应适用乙船船旗国法律

C. 应适用我国法律



D. 应适用有关船舶碰撞的国际公约

答案：C。

解析：《海商法》第 273 条规定，船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

## 重点法条

第一百八十条 确定救助报酬，应当体现对救助作业的鼓励，并综合考虑下列各项因素：

- (一) 船舶和其他财产的获救的价值；
- (二) 救助方在防止或者减少环境污染损害方面的技能和努力；
- (三) 救助方的救助成效；
- (四) 危险的性质和程度；
- (五) 救助方在救助船舶、其他财产和人命方面的技能和努力；
- (六) 救助方所用的时间、支出的费用和遭受的损失；
- (七) 救助方或者救助设备所冒的责任风险和其他风险；
- (八) 救助方提供救助服务的及时性；
- (九) 用于救助作业的船舶和其他设备的可用性和使用情况；
- (十) 救助设备的备用状况、效能和设备的价值。

救助报酬不得超过船舶和其他财产的获救价值。

### 【关联法条】

#### 《海商法》

第二百六十二条 有关海难救助的请求权，时效期间为二年，自救助作业终止之日起计算。

## 法条精解

本条主要考察的是海难救助的相关内容。

### 1. 含义

海难救助是指在海上或者与海相通的可航水域，对遇险的船舶和其他财产进行的救助。

### 2. 救助报酬的确定

(1) 无效果、无报酬。

(2) 救助报酬不得超过船舶和其他财产的获救价值。

(3) 救助报酬的金额，应当由获救的船舶和其他财产的各所有人，按照船舶和其他各项财产各自的获救价值占全部获救价值的比例承担。

(4) 在救助作业中救助人命的救助方，对获救人员不得请求酬金，但是有权从救助船舶或者其他财产、防止或者减少环境污染损害的救助方获得的救助款项中，获得合理的份额。

### 3. 时效

有关海难救助的请求权，时效期间为 2 年，自救助作业终止之日起计算。

## 真题示例

(2003 - 3 - 58) 一艘油轮在进入我国某海港时因受海浪影响而触礁，部分原油泄漏，我国某救助公司立即对其进行了救助，将其安全拖带到港口并防止了原油的进一步泄漏。关于此次海难救助，下列说法哪些是正确的？

- A. 救助报酬不得超过船舶和其他财产的获救价值
- B. 获救船舶的船舶所有人和船上所载原油的所有人应就救助报酬承担连带责任
- C. 救助费用可作为共同海损费用由利益各方分担
- D. 有关救助报酬的请求权时效期间是 2 年，自救助作业终止之日起计算

答案：ACD。

解析：《海商法》第 180 条、第 183 条、第 262 条。

## 重点法条

第一百九十三条 共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共



同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。

无论在航程中或者在航程结束后发生的船舶或者货物因迟延所造成的损失，包括船期损失和行市损失以及其他间接损失，均不得列入共同海损。

### 【关联法条】

#### 《海商法》

第一百九十四条 船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况而损坏时，为了安全完成本航程，驶入避难港口、避难地点或者驶回装货港口、装货地点进行必要的修理，在该港口或者地点额外停留期间所支付的港口费，船员工资、给养，船舶所消耗的燃料、物料，为修理而卸载、储存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产所造成的损失、支付的费用，应当列入共同海损。

第一百九十五条 为代替可以列为共同海损的特殊费用而支付的额外费用，可以作为代替费用列入共同海损；但是，列入共同海损的代替费用的金额，不得超过被代替的共同海损的特殊费用。

第二百六十三条 有关共同海损分摊的请求权，时效期间为一年，自理算结束之日起计算。

### 法条精解

本条主要考察的是共同海损的相关内容。

#### 1. 含义

共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。

无论在航程中或者在航程结束后发生的船舶或者货物因迟延所造成的损失，包括船期损失和行市损失以及其他间接损失，均不得列入共同海损。

#### 2. 范围

船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况而损坏时，为了安全完成本航程，驶入避难港口、避难地点或者驶回装货港口、装货地点进行必要的修理，在该港口或者地点额外停留期间所支付的港口费，船员工资、给养，船舶所消耗的燃料、物料，为修理而卸载、储存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产所造成的损失、支付的费用，应当列入共同海损。

#### 3. 时效

有关共同海损分摊的请求权，时效期间为1年，自理算结束之日起计算。

#### 4. 共同海损与单独海损的区别

单独海损是海上风险对营运中的船舶和运输中的货物所造成的直接损失。它与共同海损的区别如下：

- (1) 共同海损涉及船、货的共同危险；单独海损只涉及船、货一方的利益。
- (2) 共同海损有人为因素；单独海损多由于偶然的意外事故。
- (3) 共同海损损失由受益各方分担；单独海损由单方承担。

### 真题示例

(2005-3-68) “大鱼”号货轮在航行中遇雷暴天气，船上部分货物失火燃烧，大火蔓延到机舱。船长为灭火，命令船员向舱中灌水。因船舶主机受损，不能继续航行，船长求助拖轮将“大鱼”号拖到避难港。下列哪些损失应列入共同海损？

- A. 为灭火而湿损的货物
- B. 为将“大鱼”号拖至避难港而发生的拖航费用
- C. 失火烧毁的货物
- D. 在避难港发生的港口费

答案：ABD。

解析：共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用，具有人为因素。而C是由于偶然的意外事故造成的损失，构成单独海损，所以应当被排除。





# 《证券法》

## 重点法条

第二条 在中华人民共和国境内，股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定。

政府债券、证券投资基金份额的上市交易，适用本法；其他法律、行政法规另有规定的，适用其规定。

证券衍生品种的发行、交易的管理办法，由国务院依照本法的原则规定。

## 法条精解

本条规定了《证券法》的调整范围。包括：

1. 股票、公司债券的发行和交易、政府债券、证券投资基金份额的上市交易。
2. 对于证券衍生品种的发行、交易，《证券法》只是提供原则指导，具体办法由国务院制定。
3. 股票、公司债券的发行和交易优先适用本法，只有本法没有规定时才适用《公司法》及其他法律。
4. 政府债券、证券投资基金份额的上市交易在没有特别规定的时候适用本法。

## 真题示例

(2007-1-75) 根据《证券法》规定和证券法原理，下列哪些选项是正确的？

- A. 证券法上的证券均具有流通性  
B. 证券代表的权利可以是债权  
C. 所有证券投资均具有风险性  
D. 所有证券发行均应公开进行

答案：ABCD。

解析：依据《证券法》第2条的规定，选项A表述正确。证券代表的权利可以是债权，如债券。选项B的表述正确。所有证券投资均具有风险性，因此选项C的表述正确。根据《证券法》第3条的规定，证券的发行、交易活动，必须实行公开、公平、公正的原则，选项D的表述正确。这里D选项表述是“所有证券发行均应公开进行”，而不是均应公开发售。注意区分这两个概念。本题是经济法中少见的理论和法条结合的考题，值得注意。

## 重点法条

第十条 公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。

有下列情形之一的，为公开发行：

- (一) 向不特定对象发行证券的；
- (二) 向特定对象发行证券累计超过二百人的；
- (三) 法律、行政法规规定的其他发行行为。

非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

### 【关联法条】

#### 《证券法》

第十一条 发行人申请公开发行股票、可转换为股票的公司债券，依法采取承销方式的，或者公开发行法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券的，应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。

保荐人应当遵守业务规则和行业规范，诚实守信，勤勉尽责，对发行人的申请文件和信息披露资料进行审慎核查，督导发行人规范运作。

保荐人的资格及其管理办法由国务院证券监督管理机构规定。

## 法条精解

本条规定了对证券公开发行的—般规制。需要注意的是：

1. 公开发行指的是向不特定对象发行证券或者向特定对象发行证券累计超过200人以及法律、行政法规规定的其他发行行为。



2. 公开发行证券必须经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准。注意采取承销方式发行证券的应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。

### 重点法条

第十三条 公司公开发行新股，应当符合下列条件：

- (一) 具备健全且运行良好的组织机构；
- (二) 具有持续盈利能力，财务状况良好；
- (三) 最近三年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；
- (四) 经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

上市公司非公开发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

### 法条精解

本条规定了公司公开发行新股的条件。

1. 本条重点是第2~3项，即上市公司具有持续盈利能力，财务状况良好和最近3年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；

2. 需要注意的是对上市公司非公开发行新股的规制。上市公司非公开发行新股，应当符合经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

### 重点法条

第十五条 公司对公开发行股票所募集资金，必须按照招股说明书所列资金用途使用。改变招股说明书所列资金用途，必须经股东大会作出决议。擅自改变用途而未作纠正的，或者未经股东大会认可的，不得公开发行新股。

### 法条精解

本条中需要注意改变招股说明书所列资金用途的必经程序是股东大会作出决议。未经此程序的擅自改变改变用途而未作纠正或者未经股东大会认可的不得发行新股。

### 真题示例

(2008-1-67) 某上市公司招股说明书中列明的募集资金用途是环保新技术研发。现公司董事会决议将募集资金用于购置办公大楼。对此，下列哪些选项是正确的？

- A. 未经股东大会决议批准，公司董事会不得实施此项购置计划
- B. 如果股东大会决议不批准，公司董事会坚持此项购置计划，证券监督管理机构有权责令该公司改正
- C. 证券监督管理机构有权对擅自改变募集资金用途的该公司责任人员处以罚款
- D. 在未经股东大会批准而实施了此项购置计划的情况下，该公司可以通过发行新股来解决环保新技术研发的资金需求

答案：ABC。

解析：本题中某上市公司董事会决议将募集资金用于购置办公大楼的行为改变了招股说明书中列明的募集资金用途，在股东大会决议批准之前，公司董事会不得实施此项购置计划。未经股东大会批准而擅自实施了此项购置计划的，在获得股东大会认可或者纠正这一行为之前，该公司不得公开发行新股或者非公开发行新股。所以A是正确的，应选，D是错误的，不应选。根据《证券法》第194条的规定，B、C两项是正确的。

### 重点法条

第十六条 公开发行公司债券，应当符合下列条件：

- (一) 股份有限公司的净资产不低于人民币三千万元，有限责任公司的净资产不低于人民币六千万元；
- (二) 累计债券余额不超过公司净资产的百分之四十；
- (三) 最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年的利息；



- (四) 筹集的资金投向符合国家产业政策；
- (五) 债券的利率不超过国务院限定的利率水平；
- (六) 国务院规定的其他条件。

公开发行公司债券筹集的资金，必须用于核准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

上市公司发行可转换为股票的公司债券，除应当符合第一款规定的条件外，还应当符合本法关于公开发行股票的条件，并报国务院证券监督管理机构核准。

#### 【关联法条】

#### 《证券法》

第十八条 有下列情形之一的，不得再次公开发行公司债券：

- (一) 前一次公开发行的公司债券尚未募足；
- (二) 对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态；
- (三) 违反本法规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途。

#### 法条精解

本条规定了公开发行公司债券的条件。该条件可以分为积极条件和消极条件。

1. 公司应当达到的积极条件是第16条规定的各项条件，应当准确记忆。
2. 消极条件是第18条的规定，公司有此种情形的不得再次公开发行公司债券。

#### 重点法条

第二十三条 国务院证券监督管理机构依照法定条件负责核准股票发行申请。核准程序应当公开，依法接受监督。

参与审核和核准股票发行申请的人员，不得与发行申请人有利害关系，不得直接或者间接接受发行申请人的馈赠，不得持有所核准的发行申请的股票，不得私下与发行申请人进行接触。

国务院授权的部门对公司债券发行申请的核准，参照前两款的规定执行。

#### 法条精解

本条需要注意的是第2款所规定的参与审核和核准股票发行申请的人员的行为的限制。参与审核和核准股票发行申请的人员不得有以下行为：

1. 与发行申请人有利害关系；
2. 直接或者间接接受发行申请人的馈赠；
3. 持有所核准的发行申请的股票；
4. 私下与发行申请人进行接触。

#### 重点法条

第二十六条 国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的核准证券发行的决定，发现不符合法定条件或者法定程序，尚未发行证券的，应当予以撤销，停止发行。已经发行尚未上市的，撤销发行核准决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人；保荐人应当与发行人承担连带责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人承担连带责任。

#### 法条精解

本条规定的是对核准错误的补救措施。

1. 出现核准错误的情形时，尚未发行证券的，应当予以撤销，停止发行；
2. 已经发行尚未上市的，撤销发行核准决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人。
3. 需要注意的是在保荐人无法证明自己没有过错时应当与发行人承担连带责任，对保荐人采取的是过错推定的归责原则；发行人的控股股东、实际控制人有过错的也应当承担连带责任，对发行人的控股股东、实际控制人采取的是过错责任原则的归责原则。



## 重点法条

第二十八条 发行人向不特定对象发行的证券，法律、行政法规规定应当由证券公司承销的，发行人应当同证券公司签订承销协议。证券承销业务采取代销或者包销方式。

证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。

证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。

### 【关联法条】

#### 《证券法》

第三十二条 向不特定对象发行的证券票面总值超过人民币五千万元的，应当由承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成。

第三十三条 证券的代销、包销期限最长不得超过九十日。

证券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司预留所代销的证券和预先购入并留存所包销的证券。

第三十五条 股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量百分之七十的，为发行失败。发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息退还股票认购人。

## 法条精解

本条是对证券承销的规定。

1. 证券承销包括代销和包销两种方式。证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。

2. 需要注意的是证券承销不得超过 90 日。

3. 向不特定对象发行的证券票面总值超过人民币 5000 万元的，应当由承销团承销。

4. 代销发行失败的认定标准是代销期限届满向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量 70%，后果是按照发行价并加算银行同期存款利息退还股票认购人。

5. 此外还要注意采取溢价发行的，其发行价格由发行人与承销的证券公司协商确定。

## 重点法条

第三十九条 依法公开发行的股票、公司债券及其他证券，应当在依法设立的证券交易所上市交易或者在国务院批准的其他证券交易场所转让。

### 【关联法条】

#### 《证券法》

第四十条 证券在证券交易所上市交易，应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式。

第四十一条 证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他方式。

第四十二条 证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。

## 法条精解

证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。

1. 证券交易所的证券上市交易采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式。

2. 需要注意的是修订后的《证券法》取消了对期货交易方式的限制，可以采取国务院规定的其他方式进行交易。

## 真题示例

(2005 - 1 - 28) 对于下列有关证券交易的问题，哪一个应该给以否定的回答？





- A. 股票交易是不是只能在证券交易所进行
- B. 证券交易能不能以期货方式进行
- C. 证券公司向客户融资进行证券交易是否为法律所禁止
- D. 证券交易所自主调整的交易收费标准是否违法

答案：AC（当年参考答案：B）。

解析：立法上并没有将股票交易限制在证券交易所。因此 A 选项是应选项。证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。其中国务院规定的其他交易方式包括期货方式，因此 B 选项不应选。证券公司经国务院证券监督管理机构批准后，按照国务院的规定是可以为客户买卖证券提供融资融券服务的，因此 C 项为应选项。需要注意的是，本题出在《证券法》修订之前，按照修订前《证券法》第 36 条的规定，公司不得从事向客户融资或者融券的证券交易活动。所以适用修订前的法律，本项只能给出否定的回答。证券交易的收费项目、收费标准和管理办法是由国务院有关主管部门统一规定的。因此 D 选项不应选。

## 重点法条

第四十三条 证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。

任何人在成为前款所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。

## 法条精解

本条规定了对相关从业人员的持股限制。这里所指的相关从业人员包括证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员。

## 重点法条

第四十五条 为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，在该股票承销期内和期满后六个月内，不得买卖该种股票。

除前款规定外，为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后五日内，不得买卖该种股票。

## 法条精解

为股票发行或者出具上市公司审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员的证券交易的限制。注意限制的期限，前者为股票承销期内和期满后 6 个月内，后者为自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后 5 日内。

## 真题示例

（2004 - 1 - 66）下列哪些属于法律禁止的证券交易行为？

- A. 发行人在公司成立之日起 3 年内转让其所持股票
- B. 公司董事、经理、监事在任职期间转让本公司股票
- C. 为股票发行出具审计报告的专业人员在该股票承销期内买卖该种股票
- D. 为上市公司出具法律意见书的律师在该文件公开后 5 日内买卖该公司股票

答案：CD（当年参考答案：ABCD）。

解析：发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的 25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起 1 年内不得转让。因此 AB 两项不应当选。为股票发行出具审计报告的专业人员，在该股票承销期内买卖该种股票是违反该条规定的。需要注意的是该禁令一直持续到承销期满后 6 个月。因此 C 选项是应选项。为上市公司出具法律意见书的律师，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后 5 日内，是不得买卖该种股票的。因此 D 选项也是应选项。

需要注意的是本题出在 2004 年，当时《公司法》和《证券法》都没有进行修订，按照原《公司法》第 147 条的规定，本题当选 ABCD，而在 2005 年《公司法》和《证券法》修改之后，答案就变为 CD。



## 重点法条

第四十七条 上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有百分之五以上股份的，卖出该股票不受六个月时间限制。

公司董事会不按照前款规定执行的，股东有权要求董事会在三十日内执行。公司董事会未在上述期限内执行的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

公司董事会不按照第一款的规定执行的，负有责任的董事依法承担连带责任。

## 法条精解

本条规定了对上市公司董事、监事、高级管理人员和大股东的交易限制。

1. 上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份5%以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后6个月内卖出，或者在卖出后6个月内又买入，由此所得收益归该公司所有。

2. 公司董事会不行使上述权利的，股东可以以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

## 真题示例

(2008-1-67) 某上市公司董事吴某，持有该公司6%的股份。吴某将其持有的该公司股票在买入后的第5个月卖出，获利600万元。关于此收益，下列哪些选项是正确的？

- A. 该收益应当全部归公司所有
- B. 该收益应由公司董事会负责收回
- C. 董事会不收回该收益的，股东有权要求董事会限期收回
- D. 董事会未在规定期限内执行股东关于收回吴某收益的要求的，股东有权代替董事会以公司名义直接向法院提起收回该收益的诉讼

答案：ABC。

解析：根据《证券法》第47条的规定，吴某作为该上市公司的董事和持有上市公司股份5%以上的股东，在不存在除外情形下，在6个月内不得就其持有的公司股票进行相反市场操作。公司在这种情形下享有归入权，可以将吴某因此操作而获得的600万元收益归入公司由公司所有。公司董事会怠于行使该权利时，股东有权要求董事会在30日内执行。由此可见，ABC选项都是正确的，D选项错误在于董事会未在规定期限内执行股东关于收回吴某收益的要求的，股东有权代替董事会以自己的名义直接向法院提起收回该收益的诉讼，而不是以公司的名义。因此D选项是错误的，不应选。这里一定要注意股东直接提起诉讼时是以谁的名义提起的。

## 重点法条

第五十条 股份有限公司申请股票上市，应当符合下列条件：

- (一) 股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行；
- (二) 公司股本总额不少于人民币三千万元；
- (三) 公开发行的股份达到公司股份总数的百分之二十五以上；公司股本总额超过人民币四亿元的，公开发行股份的比例为百分之十以上；
- (四) 公司最近三年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。

证券交易所可以规定高于前款规定的上市条件，并报国务院证券监督管理机构批准。

## 法条精解

本条规定了股票上市的条件，记忆即可。证券交易所报国务院证券监督管理机构批准后可以规定高于本条规定的上市条件。

## 重点法条

第五十五条 上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：



- (一) 公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；
- (二) 公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，可能误导投资者；
- (三) 公司有重大违法行为；
- (四) 公司最近三年连续亏损；
- (五) 证券交易所上市规则规定的其他情形。

### 法条精解

本条规定了证券交易所决定暂停其股票上市交易的条件。具体为：

1. 公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；
2. 公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，可能误导投资者；
3. 公司有重大违法行为；
4. 公司最近3年连续亏损；
5. 证券交易所上市规则规定的其他情形。

### 重点法条

第五十六条 上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：

- (一) 公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；
- (二) 公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，且拒绝纠正；
- (三) 公司最近三年连续亏损，在其后一个年度内未能恢复盈利；
- (四) 公司解散或者被宣告破产；
- (五) 证券交易所上市规则规定的其他情形。

### 法条精解

本条规定了证券交易所决定终止其股票上市交易的条件。具体为：

1. 公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；
2. 公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，且拒绝纠正；
3. 公司最近3年连续亏损，在其后1个年度内未能恢复盈利；
4. 公司解散或者被宣告破产；
5. 证券交易所上市规则规定的其他情形。

重点注意与暂停股票上市交易的条件的对比。

### 重点法条

第五十七条 公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：

- (一) 公司债券的期限为一年以上；
- (二) 公司债券实际发行额不少于人民币五千万元；
- (三) 公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

### 法条精解

本条规定了公司债券上市交易的条件，公司申请公司债券上市交易的条件为：

1. 公司债券的期限为1年以上；
2. 公司债券实际发行额不少于人民币5000万元；
3. 公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

### 重点法条

第六十条 公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易：



- (一) 公司有重大违法行为；
- (二) 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；
- (三) 发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用；
- (四) 未按照公司债券募集办法履行义务；
- (五) 公司最近二年连续亏损。

### 【关联法条】

#### 《证券法》

第六十一条 公司有前条第（一）项、第（四）项所列情形之一经查实后果严重的，或者有前条第（二）项、第（三）项、第（五）项所列情形之一，在限期内未能消除的，由证券交易所决定终止其公司债券上市交易。

公司解散或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。

### 法条精解

证券交易所决定暂停公司债券上市交易的条件为：

1. 公司有重大违法行为；
2. 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；
3. 发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用；
4. 未按照公司债券募集办法履行义务；
5. 公司最近2年连续亏损。

注意对证券交易所作出的不予上市、暂停上市、终止上市决定不服的，可以向证券交易所设立的复核机构申请复核。

### 真题示例

（2003-1-55）甲股份有限公司债券上市交易后因出现法定情形被暂停上市。下列哪些表述符合暂停上市的规定？

- A. 甲公司最近2年连续亏损
- B. 甲公司的法定代表人发生变更
- C. 甲公司发生重大违法行为
- D. 甲公司未按照公司债券募集办法的规定履行义务

答案：ACD。

解析：根据《证券法》第60条的规定，ACD三个选项的情形出现后证券交易所是可以决定暂停其证券上市交易的。B选项法定代表人的变更不是《证券法》上规定的暂停公司债券上市的法定情形，不应选。本题需要注意的是修订后的《证券法》第60条对旧法第55条做了修改，将暂停上市的决定权由国务院证券监督管理机构转移到了证券交易所。

### 重点法条

第六十五条 上市公司和公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度的上半年结束之日起二个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载以下内容的中期报告，并予公告：

- （一）公司财务会计报告和经营情况；
- （二）涉及公司的重大诉讼事项；
- （三）已发行的股票、公司债券变动情况；
- （四）提交股东大会审议的重要事项；
- （五）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

### 法条精解

本条规定了中期报告的报送期限和内容，具体包括：

1. 公司财务会计报告和经营情况；
2. 涉及公司的重大诉讼事项；
3. 已发行的股票、公司债券变动情况；
4. 提交股东大会审议的重要事项；





5. 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

## 真题示例

(2006-1-70) 根据《证券法》关于上市公司及时向社会披露信息的规定, 下列哪些表述是正确的?

- A. 公司应在当年8月底以前向证监会和交易所报送中期报告, 并予以公告
- B. 公司应在4月底以前向证监会和交易所报送上一年的年度报告, 并予以公告
- C. 公司的中期报告和年度报告都必须记载公司财务会计报告和经营状况
- D. 公司的中期报告和年度报告都必须记载持有公司股份最多的前10名股东的名单和持股数额

答案: ABC。

解析: 《会计法》中规定的会计年度自公历1月1日起至12月31日止, 由此可知, 上市公司应该在每一会计年度的上半年结束之日(6月30日)起2个月内, 也就是8月底之前, 向证监会报送中期报告, 应当在每一会计年度结束之日(12月31日)起4个月内。也即4月底之前, 向证监会报送年度报告。因此A、B两个选项都是正确的。《证券法》第65条第1项和第66条第2项均规定了报告的内容包括公司财务会计报告和经营情况, 无论是中期报告还是年度报告, 都应当记载公司的财务会计报告和经营情况, 因此C选项是正确的。《证券法》第66条第4项规定上市公司的年度报告内容应该包括持有公司股份最多的前10名股东的名单和持股数额, 但并未规定中期报告也应包括持有公司股份最多的前10名股东的名单和持股数额, 因此D项是错误的。综上所述, 本题答案为ABC。

## 重点法条

第六十六条 上市公司和公司债券上市交易的公司, 应当在每一会计年度结束之日起四个月内, 向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送记载以下内容的年度报告, 并予公告:

- (一) 公司概况;
- (二) 公司财务会计报告和经营情况;
- (三) 董事、监事、高级管理人员简介及其持股情况;
- (四) 已发行的股票、公司债券情况, 包括持有公司股份最多的前十名股东的名单和持股数额;
- (五) 公司的实际控制人;
- (六) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

## 法条精解

本条规定了年度报告的报送期限和内容, 注意与中期报告的对比。

## 重点法条

第六十七条 发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件, 投资者尚未得知时, 上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送临时报告, 并予公告, 说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。

下列情况为前款所称重大事件:

- (一) 公司的经营方针和经营范围的重大变化;
- (二) 公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定;
- (三) 公司订立重要合同, 可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响;
- (四) 公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况;
- (五) 公司发生重大亏损或者重大损失;
- (六) 公司生产经营的外部条件发生的重大变化;
- (七) 公司的董事、三分之一以上监事或者经理发生变动;
- (八) 持有公司百分之五以上股份的股东或者实际控制人, 其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化;
- (九) 公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定;
- (十) 涉及公司的重大诉讼, 股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效;
- (十一) 公司涉嫌犯罪被司法机关立案调查, 公司董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取



强制措施；

(十二) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

## 法条精解

本条规定了发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件时上市公司报送临时报告的义务。重大事件的类型在第67条第2款中有详细规定。

## 重点法条

第六十九条 发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市公司应当承担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。

## 法条精解

本条规定了虚假陈述的法律责任。

1. 虚假陈述包括虚假记载、误导性陈述和重大遗漏三种情形，虚假陈述由发行人、上市公司承担赔偿责任。

2. 对发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司采取过错推定的归责原则，不能证明自己没有过错的与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。

3. 对发行人、上市公司的控股股东、实际控制人采取过错责任原则，有过错的承担连带赔偿责任。

## 重点法条

第七十三条 禁止证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。

### 【关联法条】

#### 《证券法》

第七十六条 证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。

持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有公司5%以上股份的自然人、法人、其他组织收购上市公司的股份，本法另有规定的，适用其规定。

内幕交易行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

## 法条精解

本条是对内幕交易行为的规制。需要注意的是内幕交易的主体范围和内幕信息的范围。

1. 内幕信息的知情人包括：

(1) 发行人的董事、监事、高级管理人员；

(2) 持有公司5%以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；

(3) 发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员；

(4) 由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员；

(5) 证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理的其他人员；

(6) 保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；

(7) 国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

2. 内幕信息是指在证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。具体包括：

(1) 本法第67条第2款所列重大事件；



- (2) 公司分配股利或者增资的计划；
- (3) 公司股权结构的重大变化；
- (4) 公司债务担保的重大变更；
- (5) 公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的 30%；
- (6) 公司的董事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；
- (7) 上市公司收购的有关方案；
- (8) 国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

## 重点法条

第七十七条 禁止任何人以下列手段操纵证券市场：

(一) 单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；

(二) 与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；

(三) 在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；

(四) 以其他手段操纵证券市场。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

## 法条精解

本条是对操纵市场行为的规制。操纵市场行为主要包括三种情形：

1. 单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；

2. 与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；

3. 在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量。

## 重点法条

第七十九条 禁止证券公司及其从业人员从事下列损害客户利益的欺诈行为：

(一) 违背客户的委托为其买卖证券；

(二) 不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件；

(三) 挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金；

(四) 未经客户的委托，擅自为客户买卖证券，或者假借客户的名义买卖证券；

(五) 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；

(六) 利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；

(七) 其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

欺诈客户行为给客户造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

## 法条精解

本条规定的是对证券公司及其从业人员欺诈行为的规制。注意本条所规定的欺诈行为的情形：

1. 违背客户的委托为其买卖证券；

2. 不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件；

3. 挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金；

4. 未经客户的委托，擅自为客户买卖证券，或者假借客户的名义买卖证券；

5. 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；

6. 利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；

7. 其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

## 重点法条

第八十六条 通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个



上市公司已发行的股份达到百分之五时，应当在该事实发生之日起三日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。

投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到百分之五后，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少百分之五，应当依照前款规定进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后二日内，不得再行买卖该上市公司的股票。

#### 【关联法条】

##### 《证券法》

第八十七条 依照前条规定所作的书面报告和公告，应当包括下列内容：

- (一) 持股人的名称、住所；
- (二) 持有的股票的名称、数额；
- (三) 持股达到法定比例或者持股增减变化达到法定比例的日期。

#### 法条精解

本条需要注意的是持有一个上市公司已发行的股份达到5%时的报告义务。注意初次达到5%和以后每增加或者减少5%的持股都要进行报告，并且在此期间内禁止买卖该股票。

#### 重点法条

第八十八条 通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到百分之三十时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。

收购上市公司部分股份的收购要约应当约定，被收购公司股东承诺出售的股份数额超过预定收购的股份数额的，收购人按比例进行收购。

#### 【关联法条】

##### 《证券法》

第九十条 收购人在依照前条规定报送上市公司收购报告书之日起十五日后，公告其收购要约。在上述期限内，国务院证券监督管理机构发现上市公司收购报告书不符合法律、行政法规规定的，应当及时告知收购人，收购人不得公告其收购要约。

收购要约约定的收购期限不得少于三十日，并不得超过六十日。

第九十一条 在收购要约确定的承诺期限内，收购人不得撤销其收购要约。收购人需要变更收购要约的，必须事先向国务院证券监督管理机构及证券交易所提出报告，经批准后，予以公告。

#### 法条精解

本条规定的是对上市公司的要约收购。

1. 持有一个上市公司已发行的股份达到30%时，继续进行收购的，必须向所有该公司股东发出收购要约。
2. 在收购要约确定的承诺期限内，收购人不得撤销其收购要约。变更收购要约的，必须事先向国务院证券监督管理机构及证券交易所提出报告，经批准后，予以公告。
3. 此外还需要注意收购要约提出的各项收购条件，适用于被收购公司的所有股东。

#### 重点法条

第九十三条 采取要约收购方式的，收购人在收购期限内，不得卖出被收购公司的股票，也不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。

#### 法条精解

本条规定的是对收购人在收购期限内卖出该股票的禁止和其他义务。

#### 重点法条

第九十四条 采取协议收购方式的，收购人可以依照法律、行政法规的规定同被收购公司的股东以协





议方式进行股份转让。

以协议方式收购上市公司时，达成协议后，收购人必须在三日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予公告。

在公告前不得履行收购协议。

#### 【关联法条】

#### 《证券法》

第九十五条 采取协议收购方式的，协议双方可以临时委托证券登记结算机构保管协议转让的股票，并将资金存放于指定的银行。

### 法条精解

本条规定的是对上市公司的协议收购。需要注意的是：

1. 达成收购协议后必须在3日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予公告；
2. 采取协议收购方式的，协议双方可以临时委托证券登记结算机构保管协议转让的股票，并将资金存放于指定的银行。

### 重点法条

第九十六条 采取协议收购方式的，收购人收购或者通过协议、其他安排与他人共同收购一个上市公司已发行的股份达到百分之三十时，继续进行收购的，应当向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。但是，经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。

收购人依照前款规定以要约方式收购上市公司股份，应当遵守本法第八十九条至第九十三条的规定。

### 法条精解

本条规定的是协议收购中的强制要约。收购一个上市公司已发行的股份达到30%时，继续进行收购的，应当向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。但是，经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。

### 重点法条

第九十七条 收购期限届满，被收购公司股权分布不符合上市条件的，该上市公司的股票应当由证券交易所依法终止上市交易；其余仍持有被收购公司股票股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。

收购行为完成后，被收购公司不再具备股份有限公司条件的，应当依法变更企业形式。

### 法条精解

本条规定的是收购完成的法律后果。

1. 收购完成后不符合上市条件的终止上市，其他仍持有该公司股票的股东有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。
2. 在上市公司收购中，收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的12个月内不得转让。
3. 收购行为完成后，收购人与被收购公司合并，并将该公司解散的，被解散公司的原有股票由收购人依法更换。
4. 收购行为完成后，收购人应当在15日内将收购情况报告国务院证券监督管理机构和证券交易所，并予公告。
5. 收购行为完成后，被收购公司不再具备股份有限公司条件的，应当依法变更企业形式。

### 重点法条

第一百零二条 证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。



### 【关联法条】

## 《证券法》

第一百零三条 设立证券交易所必须制定章程。

证券交易所章程的制定和修改，必须经国务院证券监督管理机构批准。

## 法条精解

本条规定了证交所的性质和章程。

1. 证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施,组织和监督证券交易,实行自律管理的法人。
2. 证券交易所必须制定章程。证券交易所章程的制定和修改,必须经国务院证券监督管理机构批准。

## 重点法条

第一百零五条 证券交易所可以自行支配的各项费用收入，应当首先用于保证其证券交易场所和设施的正常运行并逐步改善。

实行会员制的证券交易所的财产积累归会员所有，其权益由会员共同享有，在其存续期间，不得将其财产积累分配给会员。

## 法条精解

本条规定了证交所收入的使用。

1. 证券交易所可以自行支配的各项费用收入，应当首先用于保证其证券交易场所和设施的正常运行并逐步改善。
2. 实行会员制的证券交易所的财产积累归会员所有，其权益由会员共同享有，在其存续期间，不得将其财产积累分配给会员。

## 重点法条

第一百一十四条 因突发性事件而影响证券交易的正常进行时，证券交易所可以采取技术性停牌的措施；因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序，证券交易所可以决定临时停市。

证券交易所采取技术性停牌或者决定临时停市，必须及时报告国务院证券监督管理机构。

# 法条精解

本条是对技术性停牌和临时停市的规定。

1. 技术性停牌的条件是突发性事件而影响证券交易的正常进行。
2. 临时停市的条件是因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序。
3. 证券交易所采取技术性停牌或者决定临时停市，必须及时报告国务院证券监督管理机构。

### 真题示例

(2004-1-23) 因突发性事件而影响证券交易正常进行时, 证券交易所可以采取下列哪一措施?

- A. 政策性停牌                      B. 技术性停牌  
C. 临时停市                        D. 休市

答案：B。

**解析：**根据《证券法》第114条的规定，遇到突发性事件时，证券交易所可以采取技术性停牌的措施。遇到因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序时，证券交易所可以采取临时停市的措施。由此可以看出，本题正确答案是B选项。现行法律中没有关于政策性停牌的规定，A选项不应选。休市是指证券交易所在节假日或者休息日停止证券交易的行为，休市并不是针对突发性事件而采取的措施，因此D选项不能入选。

## 重点法条

**第一百二十二条** 设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。



未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得经营证券业务。

## 法条精解

本条规定了证券公司设立的条件。设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。设立证券公司，应当具备下列条件：

1. 有符合法律、行政法规规定的公司章程；
2. 主要股东具有持续盈利能力，信誉良好，最近3年无重大违法违规记录，净资产不低于人民币2亿元；
3. 有符合本法规定的注册资本；
4. 董事、监事、高级管理人员具备任职资格，从业人员具有证券从业资格；
5. 有完善的风险管理与内部控制制度；
6. 有合格的经营场所和业务设施；
7. 法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

## 重点法条

第一百二十五条 经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：

- (一) 证券经纪；
- (二) 证券投资咨询；
- (三) 与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；
- (四) 证券承销与保荐；
- (五) 证券自营；
- (六) 证券资产管理；
- (七) 其他证券业务。

## 法条精解

本条规定了证券公司的业务。注意开展不同业务的证券公司注册资本的要求不同。

1. 经营证券经纪、证券投资咨询，与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问的注册资本最低限额为人民币5000万元；
2. 经营证券承销与保荐、证券自营的，注册资本最低限额为人民币1亿元；
3. 经营证券承销与保荐、证券自营、证券资产管理和其他证券业务两项以上的，注册资本最低限额为人民币5亿元。
4. 证券公司的注册资本应当是实缴资本。
5. 国务院证券监督管理机构根据审慎监管原则和各项业务的风险程度，可以调整注册资本最低限额，但不得少于上述规定的限额。

## 重点法条

第一百二十九条 证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有百分之五以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分立、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。

证券公司在境外设立、收购或者参股证券经营机构，必须经国务院证券监督管理机构批准。

## 法条精解

本条是对证券公司业务和经营行为需经国务院证券监督管理机构批准事项的规定。具体包括设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有5%以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分立、变更公司形式、停业、解散、破产和在境外设立、收购或者参股证券经营机构。

## 重点法条

第一百三十条 国务院证券监督管理机构应当对证券公司的净资本，净资本与负债的比例，净资本与



净资产的比例，净资本与自营、承销、资产管理等业务规模的比例，负债与净资产的比例，以及流动资产与流动负债的比例等风险控制指标作出规定。

证券公司不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保。

### 法条精解

本条的重点在于证券公司不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保，需要注意。

### 重点法条

第一百三十六条 证券公司应当建立健全内部控制制度，采取有效隔离措施，防范公司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。

证券公司必须将其证券经纪业务、证券承销业务、证券自营业务和证券资产管理业务分开办理，不得混合操作。

### 法条精解

本条是对证券公司内部控制制度的规定。注意证券公司的业务不得混合操作，以免产生利益冲突。

### 重点法条

第一百三十九条 证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行，以每个客户的名义单独立户管理。具体办法和实施步骤由国务院规定。

证券公司不得将客户的交易结算资金和证券归入其自有财产。禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。证券公司破产或者清算时，客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。

### 法条精解

本条是对客户的交易结算资金的规定。

1. 证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行，以每个客户的名义单独立户管理。
2. 证券公司不得将客户的交易结算资金和证券归入其自有财产。
3. 禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。
4. 证券公司破产或者清算时，客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。
5. 非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。

### 真题示例

(2008-1-69) 证券公司的下列行为，哪些是《证券法》所禁止的？

- A. 为客户买卖证券提供融资融券服务
- B. 有偿使用客户的交易结算资金
- C. 将自营账户借给他人使用
- D. 接受客户的全权委托

答案：BCD。

解析：修订后的《证券法》第142条规定了证券公司的融资融券服务，A选项符合法律规定，不应选。《证券法》禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。不论是否有偿，证券公司都不得使用或者挪用客户的交易结算资金。因此B选项违反了证券法的禁止规定，应选。《证券法》第137条规定证券公司不得将其自营账户借给他人使用。因此，C选项也是应选选项。《证券法》第143条禁止证券公司接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。因此D选项也是应选选项，本题答案是BCD。

### 重点法条

第一百四十三条 证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、





决定买卖数量或者买卖价格。

#### 【关联法条】

#### 《证券法》

第一百四十四条 证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。

### 法条精解

本条是对证券公司办理经纪业务的规制。证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。

### 重点法条

第一百五十条 证券公司的净资本或者其他风险控制指标不符合规定的，国务院证券监督管理机构应当责令其限期改正；逾期未改正，或者其行为严重危及该证券公司的稳健运行、损害客户合法权益的，国务院证券监督管理机构可以区别情形，对其采取下列措施：

- (一) 限制业务活动，责令暂停部分业务，停止批准新业务；
- (二) 停止批准增设、收购营业性分支机构；
- (三) 限制分配红利，限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利；
- (四) 限制转让财产或者在财产上设定其他权利；
- (五) 责令更换董事、监事、高级管理人员或者限制其权利；
- (六) 责令控股股东转让股权或者限制有关股东行使股东权利；
- (七) 撤销有关业务许可。

证券公司整改后，应当向国务院证券监督管理机构提交报告。国务院证券监督管理机构经验收，符合有关风险控制指标的，应当自验收完毕之日起三日内解除对其采取的前款规定的有关措施。

### 法条精解

本条规定是对证券公司风险控制的规定。注意国务院证券监督管理机构在一定情况下可以采取的措施，了解即可。

### 重点法条

第一百五十五条 证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务，不以营利为目的的法人。

设立证券登记结算机构必须经国务院证券监督管理机构批准。

#### 【关联法条】

#### 《证券法》

第一百五十六条 设立证券登记结算机构，应当具备下列条件：

- (一) 自有资金不少于人民币二亿元；
- (二) 具有证券登记、存管和结算服务所必需的场所和设施；
- (三) 主要管理人员和从业人员必须具有证券从业资格；
- (四) 国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

证券登记结算机构的名称中应当标明证券登记结算字样。

### 法条精解

本条是对证券登记结算机构的规定。注意：

1. 证券登记结算机构不以营利为目的。
2. 注意证券登记结算机构的设立条件中关于自有资金的规定，设立证券登记结算机构自有资金不少于人民币2亿元。

### 重点法条

第一百六十九条 投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所从事



证券服务业务，必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准。

投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所从事证券服务业务的审批管理办法，由国务院证券监督管理机构和有关主管部门制定。

### 法条精解

本条是对证券服务机构的规定。本法中的证券服务机构包括投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所。

### 重点法条

第一百七十一条 投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务不得有下列行为：

- (一) 代理委托人从事证券投资；
- (二) 与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失；
- (三) 买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票；
- (四) 利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；
- (五) 法律、行政法规禁止的其他行为。

有前款所列行为之一，给投资者造成损失的，依法承担赔偿责任。

### 法条精解

本条规定的是投资咨询机构及其从业人员的义务。投资咨询机构及其从业人员的禁止行为包括：

- 1. 代理委托人从事证券投资；
- 2. 与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失；
- 3. 买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票；
- 4. 利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；
- 5. 法律、行政法规禁止的其他行为。

### 重点法条

第一百八十八条 未经法定机关核准，擅自公开或者变相公开发行证券的，责令停止发行，退还所募资金并加算银行同期存款利息，处以非法所募资金金额百分之一以上百分之五以下的罚款；对擅自公开或者变相公开发行证券设立的公司，由依法履行监督管理职责的机构或者部门会同县级以上地方人民政府予以取缔。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款。

### 法条精解

对于擅自公开或者变相公开发行证券的，注意需要退还所募资金并加算银行同期存款利息。

### 重点法条

第一百九十一条 证券公司承销证券，有下列行为之一的，责令改正，给予警告，没收违法所得，可以并处三十万元以上六十万元以下的罚款；情节严重的，暂停或者撤销相关业务许可。给其他证券承销机构或者投资者造成损失的，依法承担赔偿责任。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，可以并处三万元以上三十万元以下的罚款；情节严重的，撤销任职资格或者证券从业资格：

- (一) 进行虚假的或者误导投资者的广告或者其他宣传推介活动；
- (二) 以不正当竞争手段招揽承销业务；
- (三) 其他违反证券承销业务规定的行为。

### 法条精解

本条规定是对证券公司承销证券违法行为的法律责任的规定。注意以下行为情节严重的，撤销任职资格或者证券从业资格：

- 1. 进行虚假的或者误导投资者的广告或者其他宣传推介活动；
- 2. 以不正当竞争手段招揽承销业务；



3. 其他违反证券承销业务规定的行为。

**重点法条**

第二百三十三条 违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的有关规定，情节严重的，国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券市场禁入的措施。

前款所称证券市场禁入，是指在一定期限内直至终身不得从事证券业务或者不得担任上市公司董事、监事、高级管理人员的制度。

**法条精解**

本条规定的是市场禁入的处罚措施。注意市场禁入是对人员而不是机构采取的措施。

**重点法条**

第二百三十五条 当事人对证券监督管理机构或者国务院授权的部门的处罚决定不服的，可以依法申请行政复议，或者依法直接向人民法院提起诉讼。

**法条精解**

注意对证券监督管理机构或者国务院授权的部门的处罚决定不服的既可以申请行政复议也可以直接提起诉讼。

**真题示例**

1. (2007-3-49) 张某根据与刘某达成的仲裁协议，向某仲裁委员会申请仲裁。在仲裁审理中，双方达成和解协议并申请依和解协议作出裁决。裁决作出后，刘某拒不履行其义务，张某向法院申请强制执行，而刘某则向法院申请裁定不予执行该仲裁裁决。法院应当如何处理？

- A. 裁定中止执行，审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形
- B. 终结执行，审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形
- C. 继续执行，不予审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形
- D. 先审查是否具有不予执行仲裁裁决的情形，然后决定后续执行程序是否进行

答案：C。

解析：根据《仲裁法解释》第 28 条规定，在本题中，刘某请求不予执行根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书，人民法院不予支持，而是应该继续执行，所以 C 选项是正确的。

2. (2003-3-28) 甲乙两公司因贸易合同纠纷进行仲裁，裁决后甲公司申请执行仲裁裁决，乙公司申请撤销仲裁裁决，此时受理申请的人民法院应如何处理？

- A. 裁定撤销裁决
- B. 裁定终结执行
- C. 裁定中止执行
- D. 将案件移交上级人民法院处理

答案：C。

解析：根据《仲裁法》第 64 条规定，正确答案为 C 选项。





# 第十章 民事程序法



## 导 论

《民事诉讼法》作为三大程序法之一，是司法考试的主干课程，历年考试所占分值比例较高。从历年真题来看，《民事诉讼法》稳定在60~90这样一个分值范围，在2007年的司法考试中，考查了61分，其中客观题考查了41，主观题考查了20分；在2008年的司法考试中，考查了68分，其中客观题考查了46分，主观题考查了22分；在2009年的司法考试中，考查了66分，其中客观题考查了46分，主观题考查了20分，基本正常。由此可见，《民事诉讼法》考查的比重一般在65分左右，其中客观题在45分左右，主观题在20分左右。从近几年的情况看，《民事诉讼法》的考查越来越注重基本理论和基本原理，“案例化”趋势明显，难度有所提升。

《仲裁法》作为一部相对简单的法律，内容不是很多，知识点相对集中，从近几年的情况看，考查的分数不超过10分，其中2007年考查了7分，2008年考查了4分，2009年考查了6分。从近几年的考查情况看，《仲裁法》的考点集中在仲裁与诉讼的关系、仲裁的原则、仲裁协议、仲裁机构、仲裁程序等几个方面，在全面掌握仲裁法的基础上，应当重点关注这些方面。

## 《民事诉讼法》

### 重点法条

第五条 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限定的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实施对等原则。

第九条 人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则开展调解；调解不成的，应当及时判决。

第十二条 人民法院审理民事案件时，当事人有权开展辩论。

第十三条 当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

### 法条精解

以上几条规定了民事诉讼的几项基本原则，应当重点掌握：

1. 同等原则与对等原则的区别（第5条第1款与第2款）

（1）同等原则是指我国民事诉讼法给予在我国法院起诉、应诉的外国主体与中国主体同样的待遇，既不优待，也不歧视。

（2）对等原则指外国法院对我国主体诉讼权利加以限定的，我国法院对该外国主体加以同样的限定。

2. 调解必须坚持自愿和合法原则（第9条）

应注意：

（1）一般情形下，调解并非诉讼的必经程序，在离婚诉讼等少数诉讼中，调解才是必经程序；

（2）调解不成的，应及时判决。

3. 辩论原则

（1）当事人享有辩论权，对实体/程序问题，法律/事实问题，运用口头/书面方式辩论。

（2）当事人的辩论对法院具有约束力：①双方没有争议的事实（自认），通常法院应当直接认定。

②证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。

（3）法院不得剥夺当事人的辩论权：①剥夺辩论权是指：开庭过程中审判人员不允许当事人行使辩论权利，或者以不送达起诉状副本或上诉状副本等其他方式，致使当事人无法行使辩论权利的。但依法缺席审理，依法径行判决、裁定的除外。②一审法院剥夺当事人辩论权的，二审法院应当发回重审。原审判决

已经生效的，当事人可以申请再审。

#### 4. 处分原则（第13条）

（1）处分的对象：民事权利和诉讼权利。

（2）处分的方式：①单方处分。原告放弃、变更诉讼请求，被告承认、反驳诉讼请求、提起反诉。

②双方处分。诉讼和解、法院调解、执行和解、协议管辖、举证期限、简易程序。

（3）处分的界限：应当在法律规定的范围内，受到法院必要的监督。

（4）处分对法院的约束力：首先，人民法院的判决，不能超出或遗漏当事人的诉讼请求。①一审判决遗漏诉讼请求的，二审可先调解；调解不成的，发回重审。（《民诉意见》第182条）②生效判决超出或遗漏诉讼请求的，当事人可以申请再审，检察院可以抗诉。

注意：法院调解达成调解协议内容超出诉讼请求的，法院可准许（《调解规定》第9条）。有些事项法院可以依职权采取，包括：诉讼财产保全、证据保全、再审程序、执行程序，以及其他一些诉讼中的程序问题（如回避、移送管辖）。

### 真题示例

（四川2008-3-49）A县法院对甲诉乙侵权纠纷一案未经开庭审理即作出了判决，该审判行为直接违反了下列哪一项原则或者制度？

A. 违反了当事人诉讼权利平等原则

B. 违反了辩论原则

C. 违反了合议制度

D. 违反了回避制度

答案：B。

解析：《民事诉讼法》第12条规定，人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。A县法院未经开庭审理即作出了判决，侵犯了当事人的辩论权。故选项B正确，根据题意，并没有信息表示A县法院违反了A、C、D三项所涉及的原则及制度。本题的正确答案为B。

### 重点法条

第十五条 机关、社会团体、企业事业企业对损害国家、集体或者个人民事权益的做法，可以支持受损害的企业或者个人向人民法院起诉。

### 法条精解

掌握第15条的支持起诉制度；支持起诉应具备三个要件：

1. 支持起诉的主体是机关、团体、企事业企业。

2. 支持起诉的前提是法人、自然人损害了国家、集体、个人利益。

3. 支持起诉的时机是受害的企业、个人不能、不敢或不便起诉。另外，《劳动法》第30条规定，企业工会支持劳动者申请仲裁或提起诉讼，即是支持起诉原则的具体体现。

### 重点法条

第十九条 中级人民法院管辖下列第一审民事案件：

（一）重大涉外案件；

（二）在本辖区有重大影响的案件；

（三）最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

#### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第十八条 基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。

第二十条 高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

第二十一条 最高人民法院管辖下列第一审民事案件：

（一）在全国有重大影响的案件；

（二）认为应当由本院审理的案件。

#### 《民诉意见》

1. 民事诉讼法第十九条第（一）项规定的重大涉外案件，是指争议标的额大，或者案情复杂，或者居





住在国外的当事人人数众多的涉外案件。

2. 专利纠纷案件由最高人民法院确定的中级人民法院管辖。

海事、海商案件由海事法院管辖。

3. 各省、自治区、直辖市高级人民法院可以依照民事诉讼法第十九条第（二）项、第二十条的规定，从本地实际情况出发，根据案情繁简、诉讼标的金额大小、在当地的影響等情况，对本辖区内一审案件的级别管辖提出意见，报最高人民法院批准。

### 法条精解

关于级别管辖，司法考试以中级人民法院管辖范围为重心。掌握中级人民法院管辖的第一审民事案件的范围时，应注意以下几点：

1. 《民诉意见》第1条关于“重大涉外案件”的界定：争议标的额大，或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。“涉外”是指以下任何一个因素涉外：（1）当事人；（2）法律事实；（3）诉讼标的物。只有重大的涉外案件才由中级人民法院管辖，而并不是所有的涉外民事案件。

2. 依《民诉意见》第2条，目前由最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件主要是专利纠纷案件，海商、海事案件（专属海事法院，级别为中级人民法院），著作权纠纷、涉及域名的纠纷，重大的涉港、澳、台的案件。特别需要注意的是，并不是所有的中级人民法院均可以管辖专利纠纷的案件。

3. 虚假陈述证券民事赔偿案件由省、直辖市、自治区人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院管辖。

### 真题示例

（2005-3-36）依据我国民事诉讼法和相关司法解释的规定，下列关于管辖问题的哪一项表述是错误的？

- A. 适用督促程序的案件只能由基层人民法院管辖
- B. 按级别管辖权限，高级人民法院有权管辖其认为应当由其管辖的
- C. 第一审案件协议管辖不可以变更级别管辖
- D. 涉外民事诉讼中不动产纠纷由不动产所在地法院管辖

答案：B。

解析：根据《民事诉讼法》第20条、第21条、第21条、第191条和《民诉意见》第305条。

### 重点法条

第二十三条 下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

- （一）对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；
- （二）对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；
- （三）对被劳动教养的人提起的诉讼；
- （四）对被监禁的人提起的诉讼。

#### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第二十二条 对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

#### 《民诉意见》

4. 公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人的住所地是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。

5. 公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方。但公民住院就医的地方除外。

6. 被告一方被注销城镇户口的，依照民事诉讼法第二十三条规定确定管辖；双方均被注销城镇户口的，

由被告居住地的人民法院管辖。

7. 当事人的户籍迁出后尚未落户,有经常居住地的,由该地人民法院管辖。没有经常居住地,户籍迁出不足一年的,由其原户籍所在地人民法院管辖;超过一年的,由其居住地人民法院管辖。

8. 双方当事人都被监禁或被劳动教养的,由被告住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养一年以上的,由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。

9. 追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的,可以由原告住所地人民法院管辖。

10. 不服指定监护或变更监护关系的案件,由被监护人住所地人民法院管辖。

11. 非军人对军人提出的离婚诉讼,如果军人一方为非文职军人,由原告住所地人民法院管辖。

离婚诉讼双方当事人都是军人的,由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。

12. 夫妻一方离开住所地超过一年,另一方起诉离婚的案件,由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过一年,一方起诉离婚的案件,由被告经常居住地人民法院管辖;没有经常居住地的,由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

13. 在国内结婚并定居国外的华侨,如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理,当事人向人民法院提出离婚诉讼的,由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

14. 在国外结婚并定居国外的华侨,如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理,当事人向人民法院提出离婚诉讼的,由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。

15. 中国公民一方居住在国外,一方居住在国内,不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼,国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉,国内一方向人民法院起诉的,受诉人民法院有权管辖。

16. 中国公民双方在国外但未定居,一方向人民法院起诉离婚的,应由原告或者被告住所地的人民法院管辖。

17. 对没有办事机构的公民合伙、合伙型联营体提起的诉讼,由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记,几个被告又不在同一辖区的,被告住所地的人民法院都有管辖权。

27. 债权人申请支付令,适用民事诉讼法第二十二条规定,由债务人住所地的基层人民法院管辖。

## 法条精解

一般地域管辖,即以当事人住所地与人民法院辖区关系确定的管辖,掌握一般地域管辖时,需注意以下几点。

1. 确定“经常居住地”的几个要素:①公民离开住所地至起诉时;②已连续居住1年以上的地方;③公民住院就医的地方除外。

2. 确定一般地域管辖的原则是原告就被告,即由被告所在地(包括住所地、经常居住的)人民法院管辖。

3. 确定一般地域管辖的例外情况是被告就原告,即由原告所在地人民法院管辖,在掌握第23条时,需注意以下两点:

(1) 适用原告住所地法院管辖时必须是关于身份关系的诉讼,如果是财产关系的诉讼,仍然适用原告就被告原则,具体体现为以下三点:①有关军人的离婚案件。非军人(原告)对军人(被告)提出的离婚诉讼,如果军人(被告)一方为非文职军人,由原告住所地人民法院管辖。离婚诉讼双方都是军人的,由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。②居民离开住所地的离婚案件。被告离开住所地超过1年,原告起诉离婚的,由原告住所地法院管辖。夫妻双方离开住所地超过1年,一方起诉离婚的案件,由被告经常居住地人民法院管辖;没有经常居住地的,由原告起诉时居住地的法院管辖。③追索赡养费的案件。几个被告住所地不在同一辖区的,可以由原告住所地法院管辖。

(2) 对被劳动教养的人和被监禁的人提起的诉讼适用原告住所地法院管辖原则,但《民诉意见》中对此规定了例外,即双方都被监禁或者被确定劳动教养管辖的情形,要注意区分其不同之处。①被告被监禁或被劳动教养不到1年的,由被告的原住所地人民法院管辖。②被告被监禁或被劳动教养1年以上的,由被告被监禁地或被劳动教养地法院管辖。

## 真题示例

1. (2003-3-77) 根据民事诉讼法有关管辖的规定,下列哪些民事诉讼由原告住所地人民法院管辖?







- A. 天津市张某对旅居美国的李某提起离婚之诉
- B. 北京市汪某对被宣告失踪人王某提起离婚之诉
- C. 吉林市孙某对被劳动教养的陈某提起侵权之诉
- D. 长春市武某对被监禁的杨某提起的侵权之诉

答案：ABCD。

解析：参见上述法条精解。

2. (2002-3-21) 李平(女)与王坚(男)二人于1993年在A市甲区某街道办事处登记结婚,婚后二人一直居住在B市乙区。1997年李平与王坚在C市从事假烟生产被公安机关查获,C市丙区人民法院于同年12月以生产假冒产品罪判处李平与王坚有期徒刑5年。判决生效后李平与王坚被关押在位于C市丁区的监狱。2000年5月,李平拟向法院起诉离婚,请问下列哪个法院对本案有管辖权?

- A. 市甲区法院
- B. 市乙区法院
- C. 市丙区法院
- D. 市丁区法院

答案：D。

解析：《民诉意见》第8条。

## 重点法条

第二十四条 因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

18. 因合同纠纷提起的诉讼,如果合同没有实际履行,当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的,应由被告住所地人民法院管辖。

19. 购销合同的双方当事人在合同中对交货地点有约定的,以约定的交货地点为合同履行地;没有约定的,依交货方式确定合同履行地:采用送货方式的,以货物送达地为合同履行地;采用自提方式的,以提货地为合同履行地;代办托运或按木材、煤炭送货办法送货的,以货物发运地为合同履行地。

购销合同的实际履行地点与合同中约定的交货地点不一致的,以实际履行地点为合同履行地。

20. 加工承揽合同,以加工行为地为合同履行地,但合同中对履行地有约定的除外。

21. 财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地,但合同中对履行地有约定的除外。

22. 补偿贸易合同,以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。

## 法条精解

在特殊地域管辖的各类案件中,合同纠纷案件的管辖是历年资格考试中最经常考查的重点内容,由于所涉及的法条内容琐碎而庞杂,因此,掌握合同纠纷案件的管辖必须注意其一般规律:

1. 合同纠纷案件的管辖包括协议管辖与法定管辖。在确定合同纠纷案件的管辖时,有效协议管辖优先于法定管辖适用。

2. 合同纠纷的地域管辖被告住所地法院和合同履行地法院两种。

3. 合同履行地的确定依合同的不同类型有不同的确定方法。《民诉意见》第19条到第22条对此作了详细规定。

4. 合同如果没有实际履行,当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的,不依合同履行地确定合同案件的管辖,而由被告住所地人民法院管辖。

## 真题示例

1. (2008-3-97) 香山公司(住所位于甲市A区)与红叶公司(住所位于乙市B区)签订了一份建筑合同,由红叶公司承建香山公司丙市分公司的办公楼(位于丙市C区)。双方同时还约定因履行该建筑合同发生的争议,双方协商解决;协商不成的,双方可以向甲市A区法院起诉或者向乙市B区法院起诉。办公楼建成后,因办公区的附属设施质量不符合合同约定,香山公司与红叶公司协商无果,香山公司向法院起诉。诉讼中双方主动申请法院调解,在调解中红叶公司承认工程所用水泥不合要求,因而影响了工程质量,但双方就赔偿无法达成协议。关于本案的管辖,下列选项正确的是:

- A. 甲市A区法院和乙市B区法院有管辖权

- B. 乙市 B 区法院和丙市 C 区法院有管辖权
- C. 甲市 A 区法院和丙市 C 区法院有管辖权
- D. 本案只有丙市 C 区法院有管辖权

答案：B。

解析：《民事诉讼法》第 24 条规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。乙市 B 区法院作为被告红叶公司住所地法院、丙市 C 区法院作为合同履行地法院对本案享有管辖权，故本题的正确答案为 B。

2. (2003-3-25) 居住在甲市的吴某与居住在乙市的王某在丁市签订了一份协议，吴某将一幅名人字画以 10 万元的价格卖给王某并约定双方在丙市一手交钱一手交货，后吴某翻悔并电告王某自己已将字画卖给他人。王若想追究吴的违约责任，应向何地法院起诉？

- A. 甲市法院
- B. 乙市法院
- C. 丙市法院
- D. 丁市法院

答案：A。

解析：依《民事诉讼法》第 24 条，《民诉意见》第 18 条规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地法院管辖。如果合同没有实际履行，双方当事人住所地又不在合同约定的履行地，不依履行地确定管辖，诉讼由被告住所地法院管辖。故选 A。

## 重点法条

第二十五条 合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

23. 民事诉讼法第二十五条规定的书面合同中的协议，是指合同中的协议管辖条款或者诉讼前达成的选择管辖的协议。

24. 合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。

## 法条精解

对于上述法律规定，要掌握下列内容：

1. 在判断协议管辖是否有效时，需要注意《民事诉讼法》第 25 条以及《民诉意见》第 24 条的规定，通常情况下：

(1) 协议管辖的适用范围：仅适用于合同纠纷的案件。

(2) 协议管辖的形式：只能采取书面形式。

(3) 协议管辖的选择范围：只能选择法律规定的与合同关系密切的 5 个联系地。

(4) 协议管辖的限制：不能违反级别管辖和专属管辖的规定。另外，要注意约定的管辖要唯一明确。

2. 合同纠纷案件的法定管辖。协议管辖约定无效或者双方当事人对合同纠纷案件未作出协议管辖约定时，应按下述确定法定管辖的方法确定合同纠纷案件的管辖法院：

(1) 被告住所地有管辖权。

(2) 合同履行地的确定分为三步：①确定双方当事人对履行地（包括购销合同中的交货地）的约定，如果双方当事人未约定合同的履行地，则案件只能由被告住所地人民法院管辖。②看约定履行地与双方当事人住所地的关系，即如果约定履行地在其中一方当事人住所地，则不论合同是否实际履行，该履行地均有管辖权；如果约定履行地在双方当事人住所地以外的第三个地点，则合同实际履行时，该履行地的法院有管辖权；如果合同未实际履行，则该履行地的法院无管辖权。③约定履行地与实际履行地不一致时，如果是购销合同，则按照实际履行地确定案件的管辖法院；如果是加工合同，则按照约定履行地去确定合同案件的管辖法院。



1. (2006-3-84) 根据民事诉讼法和有关司法解释, 当事人可以约定下列哪些事项?

- A. 约定合同案件的管辖法院
- B. 约定离婚案件的管辖法院
- C. 约定举证时限
- D. 约定合议庭的组成人员

答案: AC。

解析: 《民事诉讼法》第 25 条规定, 合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖, 但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。所以 A 项是正确的, B 项是不正确的。根据《证据规定》第 33 条第 2 款规定, 举证期限可以由当事人协商一致, 并经人民法院认可。所以 C 项是正确的。合议庭的组成人员由人民法院决定, 当事人无权选择, 只能在符合法律规定的情形下申请审判人员回避, 所以 D 项是不正确的。

2. (2003-3-73) 下列哪些做法不符合民事诉讼法关于协议管辖的规定?

- A. 合同当事人约定二审管辖法院
- B. 合同当事人口头约定管辖法院
- C. 合同当事人共同选定了甲、乙两个与案件有联系的地方基层人民法院为管辖法院
- D. 合同当事人约定由合同签订地法院管辖

答案: ABC。

解析: 《民事诉讼法》第 25 条规定的协议管辖须具备以下条件: ① 协议管辖只适用于合同纠纷, 当事人对合同以外的其他民事、经济纠纷不得协议管辖。② 协议管辖仅适用于合同纠纷中的第一审案件, 对二审案件当事人不得以协议方式选择管辖法院。③ 协议管辖是要式行为, 必须采用书面形式。故选 B。④ 当事人必须在法律规定的范围内进行选择。法律规定的可供当事人选择的法院是原告住所地、被告住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地的法院。故不选 D。⑤ 当事人必须做确定的、单一的选择。故选 C。⑥ 当事人选择法院时, 不得违反级别管辖和专属管辖的规定。故选 A。

## 重点法条

第二十六条 因保险合同纠纷提起的诉讼, 由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

【关联法条】

《民诉意见》

25. 因保险合同纠纷提起的诉讼, 如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物, 由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

## 法条精解

1. 保险合同是特殊合同, 不适用一般合同纠纷的地域管辖规则。

2. 特殊标的的保险合同的纠纷的管辖: 如果保险标的物是运输工具或者运输中的工具, 由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

## 重点法条

第二十七条 因票据纠纷提起的诉讼, 由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

【关联法条】

《民诉意见》

26. 民事诉讼法第二十七条规定的票据支付地, 是指票据上载明的付款地。票据未载明付款地的, 票据付款人 (包括代理付款人) 的住所地或主营业所所在地为票据付款地。

## 法条精解

票据支付地的确定: 一般指票据上载明的付款地。未载明的, 票据付款人的住所地或主要营业所所在地为票据支付地。

## 重点法条

第二十八条 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼, 由运输始发地、目的



地或者被告住所地人民法院管辖。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

30. 铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷，由铁路运输法院管辖。

## 法条精解

1. 运输合同的地域管辖：包括运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院3个。
2. 海上运输合同纠纷提起的诉讼，由海事法院管辖。

## 真题示例

(2005-3-71) 根据我国民事诉讼法的规定，下列哪些案件被告住所地法院有管辖权？

- A. 某航班飞机延误，部分乘客对航空公司提出违约赔偿之诉
- B. 某公共汽车因为违章行驶而与其他车辆发生碰撞，受伤乘客向公交公司提出损害赔偿之诉
- C. 原告对下落不明的被告提起的给付抚养费的诉讼
- D. 货轮甲和客轮乙在我国领海上相撞，途经此海域的属于丙公司的客轮对甲乙两船人员进行了救助，后丙公司向我国法院提起诉讼，请求支付救助费

答案：AB。

解析：根据《民事诉讼法》第28条和第30条，选项A、B为正确选项。根据《民事诉讼法》第23条规定，C选项不是正确选项。根据《民事诉讼法》第32条规定，D选项不是正确选项。

## 重点法条

第二十九条 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

28. 民事诉讼法第二十九条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

29. 因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权。

## 法条精解

本条是关于侵权纠纷的地域管辖。侵权纠纷案件的管辖确定是往年资格考试中经常考查的知识点，掌握时需要注意以下几点：

1. 侵权行为地包括行为实施地与结果发生地，若二者不在同一地，则行为实施地、结果发生地、被告住所地人民法院都有管辖权。
2. 产品质量侵权纠纷的管辖。与民事实体法所规定的产品质量不合格致人损害民事责任的承担相适应，产品质量侵权纠纷诉讼，以下法院有管辖权：①产品制造地；②产品销售地；③侵权行为实施地；④侵权结果发生地；⑤被告住所地。
3. 因报刊、杂志等引起的侵权纠纷案件中，往往存在若干侵权结果发生地。

## 真题示例

1. (2002-3-72) 孔某在A市甲区拥有住房二间，在孔某外出旅游期间，位于A市乙区的建筑工程队对孔某隔壁李某房屋进行翻修；在翻修过程中，施工队不慎将孔某家的山墙砖块碰掉，砖块落入孔某家中，损坏电视机等家用物品。孔某旅游回来后发现此情，遂交涉，但未获结果。孔某向乙区法院起诉。乙区法院认为甲区法院审理更方便，故根据被告申请裁定移送至甲区法院，甲区法院却认为由乙区法院审理更便利，不同意接受移送。以下哪些说法是正确的？

- A. 甲、乙二区对本案都有管辖权
- B. 向何法院起诉，由原告选择决定
- C. 乙区法院的移送管辖是错误的
- D. 甲区法院不得再自行移送，如果认为无管辖权，应报A市中级人民法院指定管辖





答案：ABCD。

解析：《民事诉讼法》第29条规定，甲乙二区分别是侵权行为地与被告住所地。根据《民事诉讼法》第35条和第36条规定，有管辖权的法院不得将案件移送到其他法院，因此ABCD都选。

2. (2007-3-80) 甲县的电热毯厂生产了一批电热毯，与乙县的昌盛贸易公司在丙县签订了一份买卖合同。丁县居民张三在出差到乙县时从昌盛贸易公司购买了一条该批次的电热毯，后在使用过程中电热毯由于质量问题引起火灾，烧毁了张三的房屋。张三欲以侵权损害为由诉请赔偿。下列哪些法院对该纠纷有管辖权？

- A. 甲县法院
- B. 乙县法院
- C. 丙县法院
- D. 丁县法院

答案：ABD。

解析：《民诉意见》第29条规定，因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权。本题中，甲县是产品的制造地，乙县是产品的销售地，丁县是侵权行为地，所以三个县的人民法院都有管辖权，ABD都是正确的。而丙县只是电热毯厂和昌盛贸易公司之间买卖合同的签订地，根据法律规定，该买卖合同签订地的法院没有管辖权，所以不能选C。本题正确答案是ABD。

### 重点法条

第三十条 因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

### 法条精解

本条对铁路、公路、水上和航空事故损害赔偿诉讼做出了规定，应当掌握以下内容：

1. 本条是关于交通事故损害赔偿纠纷的地域管辖。
2. 如果原告的诉讼请求和案由是合同纠纷，适用本法第28条的规定；如果是侵权纠纷，则适用本条规定。此两种情形下管辖的法院是不同的。
3. 无论是合同纠纷还是侵权纠纷，若是发生于铁路运输过程中，均由铁路法院专属管辖。

### 重点法条

第三十一条 因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

#### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第三十二条 因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

第三十三条 因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

#### 《海事诉讼特别程序法》

第八条 海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织，当事人书面协议选择中华人民共和国海事法院管辖的，即使与纠纷有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内，中华人民共和国海事法院对该纠纷也具有管辖权。

### 法条精解

上述法条规定了特殊地域管辖中除合同纠纷案件与侵权纠纷案件以外其余的各种具体情形，通过对法条的分析，可以看出确定特殊地域管辖的以下几条规律：

1. 海事赔偿、海难救助费用纠纷、共同海损诉讼纠纷的案件由海事法院管辖。
2. 特别注意管辖法院中没有被告住所地法院的特殊地域管辖案件中只有海难救助和共同海损事件。
3. 与争议案件事实有密切联系地点的人民法院有管辖权。

### 重点法条

第三十四条 下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：



- (一) 因不动产纠纷提起的诉讼, 由不动产所在地人民法院管辖;
- (二) 因港口作业中发生纠纷提起的诉讼, 由港口所在地人民法院管辖;
- (三) 因继承遗产纠纷提起的诉讼, 由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

### 【关联法条】

#### 《海事诉讼特别程序法》

第七条 下列海事诉讼, 由本条规定的海事法院专属管辖:

- (一) 因沿海港口作业纠纷提起的诉讼, 由港口所在地海事法院管辖;
- (二) 因船舶排放、泄漏、倾倒油类或者其他有害物质, 海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼, 由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖;
- (三) 因在中华人民共和国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼, 由合同履行地海事法院管辖。

#### 《民诉意见》

305. 依照民事诉讼法第三十四条和第二百四十六条规定, 属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件, 当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。

### 法条精解

专属管辖是民事诉讼地域管辖中的一种重要类型, 对此, 需要注意以下几点:

1. 国内民事诉讼专属管辖与涉外民事诉讼专属管辖的区别。

2. 国内专属管辖直接确定某类案件由某个具体的人民法院管辖, 其他人民法院无权管辖, 也不允许当事人以协议的方式改变管辖, 因此, 其目的在于排除其他人民法院的管辖权。而涉外专属管辖则仅仅规定某类特殊案件由中华人民共和国法院管辖, 其目的在于排除其他国家法院的管辖权。专属管辖具有强制性, 专属管辖的案件不得适用一般地域管辖或者特殊地域管辖, 当事人也不得协议变更, 外国法院也无权管辖。

3. 《海事诉讼特别程序法》第7条第1项作了补充性规定, 即沿海港口作业纠纷的诉讼中, 由港口所在地的海事法院管辖, 而非地方法院。

4. 不动产纠纷专属管辖:

(1) 对于不动产权属纠纷以及商品房买卖合同纠纷, 由不动产所在地人民法院专属管辖。

(2) 对于遗产继承纠纷, 有两个管辖法院。若遗产纠纷涉及不动产的, 应按照遗产继承纠纷专属管辖。

5. 海事法院的专属管辖:

(1) 因沿海港口作业纠纷提起的诉讼;

(2) 因船舶排放、泄漏、倾倒油类或其他有害物质, 海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼;

(3) 因在中华人民共和国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼。

6. 涉外案件专属管辖:

(1) 因在中国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼, 由中国法院管辖。

(2) 涉外的不动产、继承遗产、港口作业纠纷, 按照国内专属管辖处理。

7. 专属管辖的排斥效力:

(1) 专属管辖解决法院之间的分工, 不排斥当事人订立仲裁协议。

(2) 被告反诉, 有独立请求权第三人起诉、无独立请求权第三人追加, 协议管辖, 不得违反专属管辖。

(3) 起诉时违反专属管辖、专门管辖规定的, 不予受理或驳回起诉; 判决生效后, 当事人可以“管辖错误”为由申请再审。

(4) 违反涉外专属管辖, 外国法院判决后, 我国法院不予承认和执行; 除非双方共同参加或者签订的国际条约另有规定。(《民诉意见》第306条)

### 真题示例

(2006-3-40) 甲县居民刘某与乙县大江房地产公司在丙县售房处签订了房屋买卖合同, 购买大江公



司在丁县所建住房1套。双方约定合同发生纠纷后,可以向甲县人民法院或者丙县人民法院起诉。后因房屋面积发生争议,刘某欲向法院起诉。下列关于管辖权的哪种说法是正确的?

- A. 甲县和丙县人民法院有管辖权
- B. 只有丁县人民法院有管辖权
- C. 乙县和丁县人民法院有管辖权
- D. 丙县和丁县人民法院有管辖权

答案: B。

解析: 《民事诉讼法》第25条、第34条第1项。

重点法条

第三十五条 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,原告可以向其中一个人民法院起诉;原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的,由最先立案的人民法院管辖。

法条精解

本条是关于共同管辖与选择管辖。在特殊地域管辖与专属管辖中,经常会出现共同管辖问题,需要注意对共同管辖情况的处理方法:

- 1. 共同管辖发生的前提是两个以上人民法院对同一案件均有管辖权。
- 2. 共同管辖由原告选择管辖法院。

3. 管辖权冲突的解决办法是由最先立案的人民法院管辖。这里需要注意: ①先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院管辖。②人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已经先立案的,不得重复立案。③立案后发现其他有管辖权的人民法院已经先立案的,裁定将案件移送给先立案的人民法院。

4. 注意三大诉讼法对共同管辖有不同的规定,《民事诉讼法》规定由最先立案的法院管辖;《行政诉讼法》规定由最先收到诉状的法院管辖;《刑事诉讼法》规定由最初受理的法院管辖。

重点法条

第三十六条 人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的,应当移送有管辖权的人民法院,受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的,应当报请上级人民法院指定管辖,不得再自行移送。

【关联法条】  
《民诉意见》

33. 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,不得重复立案;立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,裁定将案件移送给先立案的人民法院。

34. 案件受理后,受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。

35. 有管辖权的人民法院受理案件后,不得以行政区域变更为由,将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。判决后的上诉案件和依审判监督程序提审的案件,由原审人民法院的上级人民法院进行审判;第二审人民法院发回重审或者上级人民法院指令再审的案件,由原审人民法院重审或者再审。

法条精解

移送管辖是保障人民法院正当行使管辖权的重要制度,也是历年资格考试经常考查的内容,特别需要注意相关的程序性处理:

1. 移送管辖的情形。法院受理案件后,发现自己确实没有管辖权的,应当移送有管辖权的法院。

(1) 发现无管辖权的途径: 依职权审查发现; 被告提管辖异议。注意以下几点: ①异议主体。被告, 第三人无权异议。②异议时间。提交答辩状期间。③异议的处理。法院审查后, 理由成立的, 裁定移送有管辖权的法院; 异议不成立的, 裁定驳回起诉。④对裁定的救济。可以上诉。

(2) 法院判断自己有无管辖权的时间标准: ①受理案件时。②受理后, 当事人住所地、经常居住地的变更, 以及案件起诉后行政区域(法院辖区)的变更, 均不能引起管辖权的变化。(《民诉意见》第34条、第35条)

(3) 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,原告可以向其中一个人民法院起诉;原告向两个以上有管

管辖的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。注意：①先立案的法院不得将案件移送其他有管辖权的法院；②后立案的法院发现其他有管辖权法院先立案的，应将案件移送先立案的法院。

2. 移送的次数只能是一次。即受移送的人民法院认为对移送案件无管辖权，既不能将案件退还移送法院，也不得自行再将受移送案件移送给其他认为有管辖权的法院，只能提请上级人民法院（指自己的上级人民法院）指定管辖。

3. 一经移送，受移送法院就应当受理，而不论其是否有管辖权。

4. 移送管辖守管辖恒定原则的限制。即人民法院对争议案件能否正当行使审判权，仅仅取决于其受理案件时是否有管辖权，受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地以及行政区划变更的影响。

## 重点法条

第三十七条 有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

36. 依照民事诉讼法第三十七条第二款规定，发生管辖权争议的两个人民法院因协商不成报请它们的共同上级人民法院指定管辖时，如双方为同属一个地、市辖区的基层人民法院，由该地、市的中级人民法院及时指定管辖；同属一个省、自治区、直辖市的两个人民法院，由该省、自治区、直辖市的高级人民法院及时指定管辖；如双方为跨省、自治区、直辖市的人民法院，高级人民法院协商不成的，由最高人民法院及时指定管辖。

依前款规定报请上级人民法院指定管辖时，应当逐级进行。

37. 上级人民法院依照民事诉讼法第三十七条的规定指定管辖，应书面通知报送的人民法院和被指定的人民法院。报送的人民法院接到通知后，应及时告知当事人。

#### 《经济审判规定》

1. 两个以上人民法院对同一案件都有管辖权并已分别立案的，后立案的人民法院得知有关法院先立案的情况后，应当在七日内裁定将案件移送先立案的人民法院。对为争管辖权而将立案日期提前的，该院或者其上级人民法院应当予以纠正。

2. 当事人基于同一法律关系或者同一法律事实而发生纠纷，以不同诉讼请求分别向有管辖权的不同法院起诉的，后立案的法院在得知有关法院先立案的情况后，应当在七日内裁定将案件移送先立案的法院合并审理。

3. 两个以上人民法院之间对地域管辖有争议的案件，有关人民法院均应当立即停止进行实体审理，并按最高人民法院关于适用民事诉讼法的意见第36条的规定解决管辖争议。协商不成报请共同上级人民法院指定管辖的，上级人民法院应当在收到下级人民法院报告之日起三十日内，作出指定管辖的决定。

4. 两个以上人民法院如对管辖权有争议，在争议未解决前，任何一方人民法院均不得对案件作出判决。对抢先作出判决的，上级人民法院应当以违反程序为由撤销其判决，并将案件移送或者指定其他人民法院审理，或者由自己提审。

5. 人民法院对当事人在法定期限内提出管辖权异议的，应当认真进行审查，并在十五日内作出异议是否成立的书面裁定。当事人对此裁定不服提出上诉的，第二审人民法院应当依法作出书面裁定。

6. 人民法院在审理国内经济纠纷案件中，如受诉人民法院对该案件没有管辖权，不能因对非争议标的物或者对争议标的物非主要部分采取诉前财产保全措施而取得该案件的管辖权。

7. 各高级人民法院就本省、自治区、直辖市作出的关于案件级别管辖的规定，应当报送最高人民法院批准。未经批准的，不能作为级别管辖的依据；已经批准公布实施的，应当认真执行，不得随意更改。

8. 地方各级人民法院不得自行作出地域管辖的规定，已作规定的，一律无效。

## 法条精解

本条是关于指定管辖的情形。复习指定管辖问题时，应掌握需要指定管辖的具体情形以及应由哪一个人民法院指定管辖。具体如下：

1. 特殊原因不能行使管辖权的，由该人民法院自己的上级人民法院指定管辖。







## 2. 指定管辖的适用情形：

(1) 移送管辖的情况下，受移送的法院认为对受移送的案件没有管辖权。

(2) 有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的。

(3) 人民法院之间因管辖权发生争议，协商解决不了。

## 3. 移送必须基于特殊原因。

4. 管辖权发生争议，且协商不了的，由共同上级人民法院指定管辖。但是，报请共同上级人民法院指定管辖时，应当逐级进行。在管辖权争议未解决前，任何一个法院不得抢先作出判决，否则上级人民法院可以其作出的判决违反程序为由撤销，并将案件移送或指定其他人民法院审理，或者由自己提审。

5. 上级人民法院指定管辖，应当书面通知报送的人民法院和被指定的人民法院，报送的人民法院接到通知后，应及时告知当事人。

## 重点法条

第三十八条 人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

## 法条精解

上述法条是对管辖权异议的规定，对此，掌握以下内容：

1. 提出管辖权异议的主体只能是本案的双方当事人。
2. 提出管辖权异议的时间是案件受理后，提交答辩状期间。
3. 管辖权异议只能向一审法院提出，不能向二审法院提出。
4. 对管辖权异议，人民法院应当审查，并且只能以裁定形式作出，对该裁定可以上诉。

## 真题示例

1. (2007-3-40) 关于管辖权异议的表述，下列哪一选项是错误的？

- A. 当事人对一审案件的地域管辖和级别管辖均可提出异议
- B. 通常情况下，当事人只能在提交答辩状期间提出
- C. 管辖异议管辖权异议成立的，法院应当裁定将案件移送有管辖权的法院；异议不成立的，裁定驳回
- D. 对于生效的管辖权异议裁定，当事人可以申请复议一次，但不影响法院对案件的审理

答案：D。

解析：《民事诉讼法》第38条规定，人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。所以ABC都是正确的。D管辖权异议，法律没有规定当事人可以申请复议，所以D是错误的，为应选项。

2. (2004-3-41) 王某与李某因合同发生争议，王向李住所地法院提起诉讼，要求李某履行合同。法院受理后，非合同当事人唐某认为自己对原被告之间争议的合同标的物拥有所有权，要求参加诉讼。参加诉讼后，唐某认为受理法院无管辖权，便提出管辖权异议。下列说法哪一个是正确的？

- A. 唐某可以提出管辖异议，因为唐是有独立请求权的第三人
- B. 唐某可以提出管辖异议，因为管辖错误将损害其实体权利
- C. 唐某不能提出管辖异议，因为唐不是本诉的当事人
- D. 唐某不能提出管辖异议，因为唐不是本案的当事人

答案：C。

解析：有独立请求权第三人是参加诉讼的当事人，不是本诉的当事人，无权对本诉的管辖权提出异议。如果是有独立请求权第三人主动参加他人已开始的诉讼，应视为承认和接受受诉法院的管辖。如果是受诉法院通知有独立请求权的第三人参加诉讼，该第三人如认为受诉法院对他的诉讼无管辖权，可以拒绝参加诉讼，以原告身份另行向有管辖权的法院提起诉讼，而不必提出管辖权异议。

## 重点法条

第三十九条 上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件，也可以把本院管辖的第一

审民事案件交下级人民法院审理。

下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件，认为需要由上级人民法院审理的，可以报请上级人民法院审理。

### 法条精解

该条是对管辖权转移的规定，对于管辖权转移掌握以下内容：

1. 管辖权转移只适用于第一审民事案件。
2. 管辖权转移一般发生在上下级人民法院之间。
3. 下级法院报请上级法院审理自己管辖的案件必须经上级法院同意。
4. 上级法院提审下级法院审理的案件或者将自己审理的案件交下级法院审理，不须经下级法院的同意。

### 重点法条

第四十条 人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

第四十一条 人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。发回重审的案件，原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。

审理再审案件，原来是第一审的，按照第一审程序另行组成合议庭；原来是第二审的或者是上级人民法院提审的，按照第二审程序另行组成合议庭。

#### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第四十二条 合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任；院长或者庭长参加审判的，由院长或者庭长担任。

第四十三条 合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。评议应当制作笔录，由合议庭成员签名。评议中的不同意见，必须如实记入笔录。

### 法条精解

合议制度是民事诉讼法规定的一项基本制度，该部分对合议制度的具体内容规定了以下几点：

1. 一审、二审合议庭的组成人数必须是单数。
2. 二审只能由审判员组成合议庭且审判组织必须为合议庭。
3. 不同审判程序中合议庭的组成不同，但是，发回重审、再审的案件必须另行组成合议庭，以防审判人员先入为主。
4. 吸收陪审员组成一审合议庭时，陪审员与审判员有同等的权利义务。
5. 合议庭评议案件实行少数服从多数的原则。需要注意形不成多数意见时，民事诉讼与仲裁的区别，民事诉讼中不能按照审判长的意见作出判决，但仲裁中则应当按照首席仲裁员的意见作出仲裁裁决。

### 真题示例

1. (2008-3-83) 根据我国《民事诉讼法》和相关司法解释的规定，下列关于审判组织的哪些表述是正确的？

- A. 再审程序中只能由审判员组成合议庭
- B. 二审法院裁定发回重审的案件，原审法院应当组成合议庭进行审理
- C. 法院适用特别程序审理案件，陪审员不参加案件的合议庭
- D. 中级法院作为一审法院时，合议庭可以由审判员与陪审员共同组成，作为二审法院时，合议庭则一律由审判员组成

答案：BCD。

解析：《民事诉讼法》第40条和第41条第3款规定，再审如果按照一审组成合议庭，则可以由陪审员参与合议庭，A的说法错误，不当选。根据《民事诉讼法》第41条第2款规定，B的说法正确，当选。根



2. (2006-3-89) 根据民事诉讼法的规定, 第二审程序与审判监督程序具有下列哪些区别?

A. 第二审程序与审判监督程序合议庭的组成形式不尽相同

B. 适用第二审程序以开庭审理为原则, 而适用审判监督程序以书面审理为原则

C. 第二审程序中法院可以以调解方式结案, 而适用审判监督程序不适用调解

D. 适用第二审程序作出的裁判是终审裁判, 适用审判监督程序作出的裁判却未必是终审裁判

**答案：**AD。

**解析：**根据《民事诉讼法》第41条规定，二审合议庭必须由审判员组成，而原来是一审的审判监督程序合议庭中可以有人民陪审员，所以A项是正确的。无论是第二审程序还是审判监督程序都以开庭审理为原则，所以B项是错误的。在审判监督程序中可以适用调解，所以C项是错误的。根据《民事诉讼法》第186条的规定，人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。所以D项是正确的。

3. (2008-3-46) 在民事诉讼中，下列哪一选项属于当事人可以协商确定的事项？

A. 审判组织形式                                      B. 合同案件的管辖法院

C. 案件是否开庭审理                                D. 举证责任的分配

**答案：**B。

**解析：**根据《民事诉讼法》第25条规定，合同案件的管辖法院可以由当事人协商确定，而ACD三项都是由法律直接予以规定，不能由当事人协商确定，故本题的正确答案为B。

第四十五条 审判人员有下列情形之一的，必须回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：

- （一）是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；
- （二）与本案有利害关系；
- （三）与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

第四十六条 当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。

被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

第四十七条 院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。

第四十八条 人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的三日内，以口头或者书面形式作出决定。申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请，应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。

回避制度也是民事诉讼中的一项基本制度，需要掌握以下几点程序事项

1. 回避的适用条件

(1) 回避主体：审判人员（包括人民陪审员），书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

(2) 回避理由：①是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；②与本案有利害关系；③与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

## 2. 回避方式

回避方式包括自行回避和申请回避。

(1) 申请的期间：通常是开始审理时，最迟在法庭辩论终结前提出。

(2) 申请的效果：①被申请回避的人员应当暂停参与本案的工作；②但案件需要采取紧急措施（如财产保全）的除外。

(3) 回避决定权：①院长担任审判长时的回避：审判委员会决定。②审判人员（含陪审员）的回避：院长决定。③其他人员的回避：审判长决定。

### 3. 应当回避而没有回避的处理

(1) 本院审理期间：可以向本院申请复议一次。法院应当在3日内作出复议决定，并通知复议申请人。复议期间，被申请回避的人员不停止参与本案的工作。

(2) 第一审审判人员、书记员应回避未回避的，二审法院应当裁定撤销原判、发回重审。

(3) 原审期间应当回避的审判人员没有回避的，判决生效后，可以再审。

## 真题示例

(2006-3-77) 当事人对法院作出的下列哪些民事决定有权申请复议？

A. 关于再审的决定

B. 关于回避的决定

C. 关于罚款的决定

D. 关于拘留的决定

答案：BCD。

解析：根据《民事诉讼法》第48条的规定，B项是正确的。根据《民事诉讼法》第105条第3款规定，C、D两项是正确的。关于再审的决定不能申请复议，故A项错误。

## 重点法条

第四十九条 公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。

法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

38. 法人的正职负责人是法人的法定代表人。没有正职负责人的，由主持工作的副职负责人担任法定代表人。设有董事会的法人，以董事长为法定代表人；没有董事长的法人，经董事会授权的负责人可作为法人的法定代表人。

不具备法人资格的其他组织，以其主要负责人为代表人。

39. 在诉讼中，法人的法定代表人更换的，由新的法定代表人继续进行诉讼，并应向人民法院提交新的法定代表人身份证明书。原法定代表人进行的诉讼行为有效。

本条的规定，适用于其他组织参加的诉讼。

40. 民事诉讼法第四十九条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：(1) 依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；(2) 依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；(3) 依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；(4) 经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；(5) 法人依法设立并领取营业执照的分支机构；(6) 中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；(7) 中国人民保险公司设在各地的分支机构；(8) 经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；(9) 符合本条规定条件的其他组织。

41. 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

42. 法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人或其他组织为当事人。

44. 在诉讼中，一方当事人死亡，有继承人的，裁定中止诉讼。人民法院应及时通知继承人作为当事人承担诉讼，被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。

45. 个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主是当事人。

46. 在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。

营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

48. 当事人之间的纠纷经仲裁机构仲裁或者经人民调解委员会调解，当事人不服仲裁或调解向人民法院提起诉讼的，应以对方当事人为被告。

49. 法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动，或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，或者法人或者其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的，以直接责任





人为当事人。

51. 企业法人未经清算即被撤销,有清算组织的,以该清算组织为当事人;没有清算组织的,以作出撤销决定的机构为当事人。

## 法条精解

诉讼当事人制度一直是历年资格考试中必考的重点内容,但由于所涉及的法律条文内容过多,因此,应重点掌握确定当事人的规则:

### 1. 具有民事诉讼权利能力的人(资格问题)

(1) 其他组织:合法成立、有一定的组织机构和财产,不具备法人资格。

《民诉意见》第40条规定:①依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织、合伙型联营企业;②依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业;③法人依法设立并领取营业执照的分支机构;④中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构;⑤中国人民保险公司设在各地的分支机构等。

(2) “两户一伙”的问题:①个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人;有字号的,应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的,以业主和实际经营者为共同诉讼人。②个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人;个人合伙有依法核准登记的字号的,应在法律文书中注明。全体合伙人可以推选代表人;被推选的代表人,应由全体合伙人出具推选书。

### 2. 是适格的当事人(正当性问题)

(1) 通常:争议民事法律关系的主体,是适格的当事人。

(2) 例外:对他人民事权利享有管理权的人,是适格的当事人。①失踪人的财产代管人,直接成为原告、被告;②遗产管理人、遗嘱执行人。③死者权利的保护人。死者名誉权,近亲属作为当事人;死者著作人身权,继承人、受遗赠人、著作权行政管理部门起诉。④破产管理人代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序。⑤清算组、清算人。⑥股东代表诉讼中的股东。⑦著作权集体管理组织(依法成立的著作权集体管理组织,根据著作权人的书面授权,以自己的名义提起诉讼,人民法院应当受理)。

### 3. 诉讼权利能力与当事人适格的区别

(1) 直接责任人作为当事人:①法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动;②他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动(表见代理除外);③法人或者其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的。

(2) 雇主作为当事人:①法人、其他组织的工作人员因职务/授权行为引起的诉讼,法人或其他组织为当事人;②个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人。

(3) 人身侵权案件中的当事人:①人身侵权损害赔偿诉讼:受害人、被扶养人以及死亡受害人的近亲属,有权起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害。②自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害:其配偶、父母和子女可以起诉要求精神赔偿;没有配偶、父母和子女的,可由其他近亲属提起诉讼。

## 真题示例

1. (2006-3-88) 某大学4名师生联名起诉甲公司污染某条大河,请求判决甲公司出资治理该河流的污染。起诉者除列了4名师生外,还列了该河流中的某著名岛屿作为原告,法院没有受理。对此下列哪些说法符合法律规定?

- A. 只有自然人和法人能够成为民事诉讼当事人
- B. 本案当事人不适格
- C. 本案属于侵权诉讼,被污染河段流经地区的法院均有管辖权
- D. 本案起诉属于公益诉讼,现行民事诉讼法没有规定

答案:BCD。

解析:《民事诉讼法》第49条第1款规定,A项是错误的。根据《民事诉讼法》第108条的规定,本题中的4名师生并不是大河污染的直接受害者,因此不属于适格的当事人,而河流中的岛屿不具有诉讼主体资格,所以B、D两项的说法是正确的。本案从性质上来讲属于环境污染侵权诉讼,按照《民事诉讼法》第29条的规定,被污染河段流经地区的法院均有管辖权,因此C项是正确的。综上所述,本题的正确选项是BCD。

2. (2003-3-72) 非实体权利义务主体成为民事诉讼当事人须有法律的特别规定。下列哪些主体依法



可以成为民事诉讼当事人？

A. 公司清算过程中的清算组织

B. 失踪人的财产代管人

C. 遗产管理人或遗嘱执行人

D. 为保护死者名誉权而提起诉讼的死者近亲属

**答案：ABCD。**

**解析：**在民事诉讼中，实体权利义务主体均可以作为诉讼中的当事人，但是，为了诉讼的便利，特殊的非实体权利义务主体也可以作为民事诉讼当事人，主要包括：清算组织，失踪人的财产代管人，遗产管理人或遗嘱执行人，为保护死者名誉权等提起诉讼的死者近亲属。

## 重点法条

**第五十三条** 当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生法律效力；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生法律效力。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

43. 个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。

47. 个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。

50. 企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

52. 借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。

53. 因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可只列被保证人为被告。

54. 在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。

55. 被代理人和代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。

56. 共有财产权受到他人侵害，部分共有人起诉的，其他共有人应当列为共同诉讼人。

57. 必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照民事诉讼法第一百一十九条的规定，通知其参加；当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请无理的，裁定驳回；申请有理的，书面通知被追加的当事人参加诉讼。

58. 人民法院追加共同诉讼的当事人时，应通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。

## 法条精解

共同诉讼人，尤其是必要共同诉讼人是每年资格考试必考的重要知识点，应当重点掌握以下几点内容：

### 1. 必要共同诉讼人的法定情形

(1) 挂靠关系中的挂靠者与被挂靠者是共同诉讼人。

(2) 实际经营者与营业执照业主不一致，两者为共同诉讼人。

(3) 企业法人分立，由分立后的企业为共同诉讼人。

(4) 个人合伙关系，由全体合伙人为共同诉讼人。

(5) 借用业务介绍信等关系中，借用人与出借单位作共同诉讼人。

(6) 保证合同关系取决于债权人如何起诉：①债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，将二者列为共同被告；②债权人仅起诉被保证人的，可只列被保证人为被告；③债权人仅起诉保证人的：其一，连



带保证的情况，只列保证人为被告；其二，一般保证的情况下，应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼。

(7) 继承遗产的诉讼中，被遗漏的其他继承人作为共同原告参加诉讼，除非明确表示放弃实体权利。如果被遗漏的部分继承人主张遗嘱继承权，就该遗嘱继承权涉及的遗产部分，该继承人为有独立请求权的第三人。

(8) 代理关系中的连带责任，代理人与被代理人为共同诉讼人。

(9) 共同财产诉讼，财产共有权人为共同诉讼人。

2. 必要共同诉讼人内部关系的处理原则是当事人的处分原则。即必要共同诉讼人其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认的，对其他共同诉讼人发生效力。

3. 必要共同诉讼人的追加。基于必要共同诉讼是不可分之诉，我国对必要共同诉讼人确立了强制参加诉讼的原则。但同时又需要注意当事人上诉权的维护，因此，在二审程序或者依照审判监督程序再审案件时，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，发回重审。

4. 普通共同诉讼中当事人的独立性。

5. 当事人的独立性体现在以下几点：

(1) 当事人行为独立，即其中一人的行为只对自己发生效力，对其他人不发生效力。

(2) 特殊情形独立，即其他一人发生诉讼中止等特殊情形，不影响其他共同诉讼人。

(3) 审判结果独立，即共同诉讼人可能部分人胜诉，而部分人败诉。

### 真题示例

1. (2008-3-80) 关于当事人的诉讼处分行为下列哪些选项是正确的？

A. 必要共同原告中一人或数人与对方当事人达成和解协议经其他共同原告的承认，才对其他共同原告发生效力

B. 诉讼代表人与对方当事人进行和解，必须经被代表的当事人同意

C. 无独立请求权第三人可以承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，申请撤诉

D. 法定诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，必须有当事人的特别授权

答案：AB。

解析：根据《民事诉讼法》第53条第2款规定，A项的说法是正确的。根据《民事诉讼法》第54条规定，B项的说法正确。根据《民诉意见》第66条规定，C项的说法错误。根据《民事诉讼法》第57条规定，D项的说法错误。本题的正确答案是AB。

2. (2007-3-87) 关于必要共同诉讼与普通共同诉讼的区别，下列哪些选项是正确的？

A. 必要共同诉讼的诉讼标的是共同的，普通共同诉讼的诉讼标的是同种类的

B. 必要共同诉讼的诉讼标只有一个，普通共同诉讼的诉讼标的有若干个

C. 必要共同诉讼的诉讼请求只有一个，普通共同诉讼的诉讼请求有若干个

D. 必要共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为必须一致，普通共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为不需要一致

答案：AB。

解析：所谓必要的共同诉讼是指当事人一方或者双方为两人以上，诉讼标的是同一的，法院必须合并审理并在裁判中对诉讼标的合一确定的共同诉讼。所谓普通的共同诉讼是指当事人一方或者双方为两人以上，诉讼标的是同一种类，法院认为可以合并审理并且当事人也同意合并审理的共同诉讼。据此，AB的说法是正确的。根据《民事诉讼法》第53条第2款规定，C、D错误。

### 重点法条

第五十四条 当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

【关联法条】

《民诉意见》

59. 民事诉讼法第五十四条和第五十五条规定的当事人一方人数众多，一般指十人以上。

60. 依照民事诉讼法第五十四条规定，当事人一方人数众多在起诉时确定的，可以由全体当事人推选共同的代表人，也可以由部分当事人推选自己的代表人；推选不出代表人的当事人，在必要的共同诉讼中可



由自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中可以另行起诉。

62. 民事诉讼法第五十四条和第五十五条规定的代表人为二至五人，每位代表人可以委托一至二人作为诉讼代理人。

### 法条精解

#### 1. 诉讼代表人的产生和权限

(1) 人数确定的诉讼代表人的产生：①推选方式：全体当事人推选共同的代表人；部分当事人推选自己的代表人。②推选不出代表人的：必要共同诉讼由自己参加诉讼；普通共同诉讼可另行起诉。

(2) 人数不确定的诉讼代表人的产生：①推选代表人。②法院与当事人协商。③法院在起诉的当事人中指定代表人。

(3) 诉讼代表人的权限：①代表人不亲自参加诉讼，每位代表人可以委托1至2名诉讼代理人。②代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力。但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

#### 2. 人数不确定代表人诉讼中的特殊问题

(1) 受理案件后，人民法院可以发出公告，通知权利人向法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于30日。

(2) 向人民法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉。

(3) 法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

### 重点法条

第五十五条 诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。

向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。

代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的，适用该判决、裁定。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

61. 依照民事诉讼法第五十五条规定，当事人一方人数众多在起诉时不确定的，由当事人推选代表人，当事人推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人协商，协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。

63. 依照民事诉讼法第五十五条规定受理的案件，人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于三十日。

64. 依照民事诉讼法第五十五条规定向人民法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉。人民法院的裁判在登记的范围内执行。未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

### 法条精解

我国民事诉讼所确立的代表人诉讼可以分为两种，即人数确定的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼，代表人诉讼的关键是诉讼代表人的确定及其权限。

#### 1. 诉讼代表人的确定方式

诉讼代表人的具体方式因代表人诉讼的种类不同而有所不同。在人数确定的代表人诉讼中，诉讼代表人由全体当事人共同推选或者由部分当事人推选；在人数不确定的代表人诉讼中，由当事人推选代表人，推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人协商，协商不成的，也可以由人民法院在起诉的当事人中





指定代表人。

## 2. 诉讼代表人的权限

在一般情况下，诉讼代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

### 真题示例

(2008-3-48) A 厂生产的一批酱油由于香精投放过多，对人体有损害。报纸披露此消息后，购买过该批酱油的消费者纷纷起诉 A 厂，要求赔偿损失。甲和乙被推选为诉讼代表人参加诉讼。下列哪一选项是正确的？

- A. 甲和乙因故不能参加诉讼，法院可以指定另一名当事人为诉讼代表人代表当事人进行诉讼
- B. 甲因病不能参加诉讼，可以委托一至两人作为诉讼代理人，而无需征得被代表的当事人的同意
- C. 甲和乙可以自行决定变更诉讼请求，但事后应当及时告知其他当事人
- D. 甲和乙经超过半数原告方当事人同意，可以和 A 厂签订和解协议

答案：B。

解析：A 项的说法没有法律依据，因此错误不选；根据《民诉意见》第 62 条规定，B 答案是正确的。根据《民事诉讼法》第 54 条规定，CD 项错误，不选。

### 重点法条

第五十六条 对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。

对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

65. 依照民事诉讼法第五十六条的规定，有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，成为当事人；无独立请求权的第三人，可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。

66. 在诉讼中，无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务，判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。

97. 无独立请求权的第三人参加诉讼的案件，人民法院调解时需要确定无独立请求权的第三人承担义务的，应经第三人的同意，调解书应当同时送达第三人。第三人在调解书送达前反悔的，人民法院应当及时判决。

#### 《经济审判规定》

9. 受诉人民法院对与原被告双方争议的诉讼标的无直接牵连和不负有返还或者赔偿等义务的人，以及原告或被告约定仲裁或有约定管辖的案外人，或者专属管辖案件的一方当事人，均不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。

10. 人民法院在审理产品质量纠纷案件中，对原被告之间法律关系以外的人，证据已证明其已经提供了合同约定或者符合法律规定的产品的，或者案件中的当事人未在规定的质量异议期内提出异议的，或者作为收货方已经认可该产品质量的，不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。

11. 人民法院对已经履行了义务，或者依法取得了一方当事人的财产，并支付了相应对价的原被告之间法律关系以外的人，不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。

### 法条精解

1. 民事诉讼中的第三人，是指对他人之间的诉讼标的有独立的请求权，或者虽然没有独立请求权，但同案件处理结果有法律上的利害关系，而参加他人之间正在开展的诉讼的人。第三人可以分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人两种类型。

## 2. 两种第三人之间的区别如下：

(1) 参加诉讼的根据不一样。与他人之间案件的处理结果有法律上利害关系，是无独立请求权的第三



人参加诉讼的根据；而有独立请求权的第三人参加诉讼的根据则是对他人之间的诉讼标的主张独立的请求权。

(2) 参加诉讼的方法不一样。无独立请求权的第三人，以申请参加或法院公告其参加的方法参加诉讼；有独立请求权的第三人则以向法院提起诉讼的方法参加诉讼。

(3) 诉讼地位不一样。无独立请求权的第三人在诉讼中一般处于辅助人的地位，辅助一方当事人开展诉讼，因而不享有与处分实体权利有关的诉讼权利；有独立请求权的第三人在诉讼中处于原告的地位，享有原告的诉讼权利。

(4) 是否会被判决承担民事责任不一样。无独立请求权的第三人一般参加被告一方开展诉讼，并且在被告败诉的情况下对原告负有返还或赔偿的义务，因而可能被法院判决承担民事责任；有独立请求权的第三人在诉讼中处于原告的地位，即使败诉，也只是诉讼请求被驳回，不会被判决承担民事责任。

3. 注意《经济审判规定》第9条至第11条规定的几种不得公告作为无独立请求权的第三人参加诉讼的情形：

(1) 与原被告双方争议的诉讼标的无直接牵连和不负有返还或者赔偿等义务的人。

(2) 产品质量纠纷案件中，对原告之间法律关系以外的人，有证据证明其已经提供了合同约定或者符合法律规定的产品的，或者案件中的当事人未在规定的质量异议期内提出异议的，或者作为收货方已经认可该产品质量的。

(3) 已经履行了义务，或者依法取得了一方当事人的财产，并支付了相应对价的原被告之间法律关系以外的人。

(4) 与原告或被告约定仲裁或有约定管辖的案外人，或者专属管辖案件的一方当事人。即使有利害关系也不能追加为无独立请求权的第三人。

4. 人民法院判决承担民事责任的无独立请求权第三人，此时才享有当事人的诉讼地位，即可上诉。

### 真题示例

1. (2007-3-37) 甲有两子乙和丙，甲死亡后留有住房3间。乙乘丙长期外出之机，将3间房屋卖给丁，后因支付房款发生纠纷，乙将丁诉至法院。在诉讼过程中，丙知道了这一情况，要求参加诉讼。关于丙在诉讼中的地位，下列哪一选项是正确的？

- A. 必要的共同原告
- B. 普通的共同原告
- C. 有独立请求权的第三人
- D. 无独立请求权的第三人

答案：C。

解析：要注意区分原告与第三人。在本案中，乙、丁争议的标的物房屋属于乙、丙共同共有，乙擅自处分，侵害了丙的所有权，其参加诉讼当然不是为了支持乙、丁的诉讼请求，而是主张自己的权利，他和甲、丙的诉讼标的既不是同一的又不是同种类的，而对乙、丁争议的诉讼标的物有独立的请求权，所以丙在诉讼中处于有独立请求权的第三人。由此得出 ABD 选项错误，C 项正确。

2. (2007-3-98) 2005年6月5日，1988年7月21日出生的高中一年级学生小龙，因寰宇公司的公交车司机张某紧急刹车而受伤，花去若干医疗费。2006年2月小龙伤愈继续上学，写了授权委托书给其父李某，让他代理其提起诉讼。李某以正当的诉讼参加人的身份于2006年3月对寰宇公司及其司机张某提起了诉讼，要求寰宇公司和张某承担违约责任。在诉讼进行中，李某将要求被告承担违约责任改为被告承担侵权责任，要求赔偿医疗费、护理费、误工费等各项费用共2.8万元。本案被告在答辩中认为，司机紧急刹车是因为行人陈某违章过路引起，责任应当由陈某承担，因此要求追加陈某作为无独立请求权的第三人参加诉讼。

法院就追加行人陈某作为无独立请求权的第三人参加诉讼，正确的做法是：

- A. 法院可以依职权追加
- B. 只要被告提出申请，法院就应当追加
- C. 要有被告的申请，法院才可以追加法院
- D. 可以根据当事人的申请而追加

答案：AD。

解析：根据《民诉意见》第65条规定，陈某作为无独立请求权的第三人，可以由法院通知参加诉讼，或者自己申请参加诉讼。本题正确答案是 AD。

### 重点法条

第五十七条 无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代



理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第五十八条 当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。

律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。

#### 《民诉意见》

67. 在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定，协商不成的，由人民法院在他们之间指定诉讼中的法定代理人。当事人没有民法通则第十六条第一、二款或者第十七条第一款规定的监护人的，可以指定该法第十六条第四款或者第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼期间的法定代理人。

68. 除律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人之外，当事人还可以委托其他公民为诉讼代理人。但无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。

### 法条精解

#### 1. 法定代理人

(1) 无诉讼行为能力的人：本人是当事人，其监护人作为法定代理人代为实施诉讼行为。

(2) 事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定；协商不成的，由人民法院在他们之间指定诉讼中的法定代理人。

(3) 法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

#### 2. 委托代理人

(1) 当事人、法定代理人：可以委托1至2人作为诉讼代理人。

(2) 委托代理人的范围：①可以作为委托代理人：律师；当事人的近亲属；有关的社会团体或者所在单位推荐的人；经人民法院许可的其他公民。②不能作为委托代理人：无民事行为能力的人；限制民事行为能力人；可能损害被代理人利益的人；人民法院认为不宜作诉讼代理人的人。

(3) 委托代理人的权限：①特别授权：诉讼代理人进行和解，提起反诉或者上诉，代为承认、放弃、变更诉讼请求，必须有委托人的特别授权。②一般授权：授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，不是特别授权。

#### 3. 离婚案件的特殊问题

(1) 在离婚诉讼中，即使有委托诉讼代理人，本人仍然需要出庭。

(2) 两个例外：①本人不能表达意志的，可以不出庭。②确因特殊情况不能出庭的，可以不出庭，但必须要向法院提交书面意见。

### 真题示例

1. (2007-3-86) 关于民事诉讼中的法定代理人，下列哪些选项是正确的？

A. 法定代理人的被代理人都是无诉讼行为能力或限制行为能力的人

B. 法定代理人与诉讼当事人在诉讼上具有相同的诉讼地位

C. 法定代理人在诉讼中所实施的行为和发生的诉讼事件的法律后果与当事人所实施的行为和发生的诉讼事件的法律后果相同

D. 法定代理人与当事人都属于诉讼参加人的范畴

答案：AD。

解析：在我国，法定诉讼代理人是为补充无民事行为能力人或限制行为能力的人在诉讼行为能力的欠缺而设置的，因此A正确。但法定代理人毕竟不是被代理人本人，尽管法定代理人具有类似当事人的诉讼权利，但他们与当事人仍然存在区别，(1)法定代理人只能以当事人的名义起诉或应诉；(2)裁判针对的是当事人而不是法定代理人；(3)在诉讼中，如果法定代理人死亡，法院可以另行指定监护人作为诉讼代理人继续诉讼，而不必终结诉讼。因此，BC选项错误。另外，根据民事诉讼法的规定，诉讼参加人包括当事人和诉讼代理人，法定代理人是诉讼代理人的一种，因此D正确。因此，本题正确答案是AD。



2. (2002-3-22) 周童(5岁)星期天和祖母李霞去公园玩,游戏过程中周童将林晨(6岁)的双眼划伤致使林晨的右眼失明、左眼视力下降。林晨的父亲林珂要求周家赔偿林晨的医疗费、伤残费共计6万元。周童的父亲周志伟以周童是未成年人为由拒绝赔偿。林家无奈只好诉至法院。下列关于本案诉讼参与人地位的表述哪项是正确的?

- A. 本案原告是林晨,其父林珂是林晨法定代理人,被告是周童,其父周志伟是周童的法定代理人,李霞是证人
- B. 本案被告是周童,周志伟是其法定代理人,李霞是无独立请求权的第三人
- C. 本案原告是林珂,被告是周志伟和李霞
- D. 本案原告是林珂和林晨,被告是周志伟、李霞和周童

答案:A。

**解析:** 本题考诉讼参与人。根据《民事诉讼法》第49条第1款规定,周童是造成损害之人,林晨是受到损害之人,他们是与案件具有直接利害关系之人,理应当作为原被告参加诉讼。根据《民事诉讼法》第57条和《民诉意见》第67条规定,原被告各自父亲(监护人)是法定诉讼代理人。根据《民事诉讼法》第56条第2款规定的第三人,本案祖母李霞不可能为被告承担责任,因此不是无独立请求权的第三人,根据《民事诉讼法》第70条规定,李霞是证人。

### 重点法条

第五十九条 委托他人代为诉讼,必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解,提起反诉或者上诉,必须有委托人的特别授权。

侨居在国外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书,必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明;没有使领馆的,由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明,再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明,或者由当地的爱国华侨团体证明。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

69. 当事人向人民法院提交的授权委托书,应在开庭审理前送交人民法院。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的,诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解,提起反诉或者上诉。

### 法条精解

在民事诉讼代理人中,委托代理人制度是最重要的,也是我们复习的重点。

1. 委托诉讼代理人人的范围(第58条)。注意《民诉意见》第68条规定的不能作为代理人的人。

2. 代理权限。当事人民事诉讼中的权利大体可分为两大类:①纯程序性质的或者实体权利关系不那么密切的诉讼权利,如申请回避、提出管辖权异议、申请复议、陈述案情、提供证据、质证和辩论等;②实体权利或与实体权利紧密相关的诉讼权利,如认可、变更、放弃诉讼请求,开展和解,提起反诉或者上诉等。对此第二类权利,民诉法明确规定委托诉讼代理人除非经过权利人的特别明确授权,不得在诉讼中实施这类做法。

3. 诉讼地位。当事人委托诉讼代理人后,本人可以出庭参加诉讼,也可以不再出庭,但离婚诉讼例外。

4. 应注意委托诉讼代理人与法定诉讼代理人的不一样。法定诉讼代理人主要是为无民事行为能力人和限制民事行为能力人的当事人设立的,因此法定诉讼代理人的范围一般与监护人的范围是一致的。法定诉讼代理人在诉讼中的地位类似于当事人本人,但二者仍有区别。

### 真题示例

1. (2004-3-37) 郑某因与某公司发生合同纠纷,委托马律师全权代理诉讼,但未作具体的授权。此种情况下,马律师在诉讼中有权实施下列哪一行为?

- A. 提出管辖权异议
- B. 提起反诉
- C. 提起上诉
- D. 部分变更诉讼请求

答案:A。





**解析：**《民诉意见》第69条规定，授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。正确的授权方法是明确地写明授予何种涉及实体权利的处分权限。

2. (2003-3-66) 甲公司拖欠乙公司的货款而被乙公司诉至法院，乙公司的委托代理律师王某未经乙公司特别授权，有权实施下列哪些诉讼行为？

- A. 表示同意甲公司延期1个月还款
- B. 要求书记员赵某回避
- C. 陈述案情、出示证据
- D. 提出管辖权异议

**答案：**BCD。

**解析：**当事人在诉讼中的权利，可以分为两类：一类是实体权利或与实体权利密切相关的诉讼权利，如代为承认、放弃、变更诉讼请求；另一类是纯粹的诉讼权利或与实体权利关系不密切的诉讼权利，如申请回避。对于前一类权利，需要被代理人特别授权。根据《民诉意见》第69条规定，授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。对于后一类权利，无须被代理人的特别授权。

## 重点法条

第六十三条 证据有下列几种：

- (一) 书证；
- (二) 物证；
- (三) 视听资料；
- (四) 证人证言；
- (五) 当事人的陈述；
- (六) 鉴定结论；
- (七) 勘验笔录。

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

## 法条精解

本条是关于证据种类的规定。民事诉讼证据的种类是指《民事诉讼法》第63条规定的七种证据形式。司法考试的考查方式在于要考生区分这些种类。重点与难点在于：

### 1. 书证与物证的区别

书证是指以文字、符号、图形所记载或表示的内容、含义来证明案件事实的证据。而物证，是指以其外部特征和物质属性，即以其存在、形状、质量等证明案件事实的物品。

两者的重要区别，也就是区分标准在于，同一物体以什么来证明案件事实，如果是以其包含的内容即思想内容来证据，那么就是书证；如果是以物质形态来证明，那么就是物证。

同一物体，可以既是书证，又是物证。

### 2. 当事人陈述与证人证言的区别

两者不会交叉，由于证人不是当事人，因而证人证言在同一案件中不会成为当事人陈述。

### 3. 证人问题

(1) 证人资格：凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。

(2) 证人出庭作证的申请：

(3) 申请时间与方式：在举证期限届满10日前提出，并经人民法院许可。

(4) 费用承担：由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。

(5) 不能出庭的法定情形及替代方式不能出庭的法定情形：①年迈体弱或者行动不便无法出庭的；②特殊岗位确实无法离开的；③路途特别遥远，交通不便难以出庭的；④因自然灾害等不可抗力原因无法出庭的；⑤其他无法出庭的特殊情况（如羁押）。

不能出庭的替代方式：可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。

### 4. 证据的理论分类

(1) 原始证据和传来证据：是否源于案件事实，凡是直接来源于案件事实的证据材料都属于原始证据；凡是不是直接来源于案件事实，而是间接的证据材料属于传来证据。



(2) 本证与反证：判断标准是对证据所证明的事实，提出方是否承担证明责任。本证是指负有证明责任的当事人所提出的证据材料；反证则是当事人为推翻对方的主张，以证据证明相反事实存在的证据材料。

(3) 直接证据与间接证据：判断标准是该证据是否能够单独证明案件主要事实。直接证据是直接能够用以证明案件事实的证据；间接证据是不能单独或直接证明案件事实的证据。

### 真题示例

(2008-3-83) 关于证据的种类，下列哪些选项是正确的？

- A. 患者王某以误诊为由起诉某医院。王某提交的医院病历和 X 光片均属于鉴定结论
- B. 李某在某杂志上发表了一篇披露黄某隐私的文章。黄某诉至法院并提交了该杂志，该杂志属于书证
- C. 张某认为徐某伪造遗嘱侵犯其继承权，向法院起诉徐某。张某提供了该份遗嘱，该遗嘱属于书证
- D. 周某驾车回家途中将行人吴某撞伤，交警冯某当时正处在事故现场，于是按照双方责任开具了事故认定书。吴某诉至法院要求周某赔偿，并提供了事故认定书，该事故认定书属于勘验笔录

答案：BC。

解析：本题中，A 项的“医院病历和 X 光片”是以其记载的内容来证明案件事实，属于书证，故 A 项的说法错误。B 项中“杂志”和 C 中的“遗嘱”是以其记载的内容和反映的思想来证明案件事实，也属于书证，故 B、C 两项说法正确。D 项中的事故认定书不符合勘验笔录的性质，因此不属于勘验笔录，其属于书证，故 D 项说法错误。

### 重点法条

第六十四条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

70. 人民法院收集调查证据，应由两人以上共同进行。调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名或盖章。

71. 对当事人提供的证据，人民法院应当出具收据，注明证据的名称、收到的时间、份数和页数，由审判员或书记员签名或盖章。

73. 依照民事诉讼法第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：

- (1) 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；
- (2) 人民法院认为需要鉴定、勘验的；
- (3) 当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；
- (4) 人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

#### 《证据规定》

第一条 原告向人民法院起诉或者被告提出反诉，应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

第三条 人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。

当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调查收集。

第四条 下列侵权诉讼，按照以下规定承担举证责任：

- (一) 因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任；
- (二) 高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；
- (三) 因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；





(四) 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；

(五) 饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任；

(六) 因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；

(七) 因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

(八) 因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的，从其规定。

**第五条** 在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。

对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。

对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

**第六条** 在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

**第七条** 在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

**第八条** 诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。

对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

**第九条** 下列事实，当事人无需举证证明：

(一) 众所周知的事实；

(二) 自然规律及定理；

(三) 根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；

(四) 已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；

(五) 已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；

(六) 已为有效公证文书所证明的事实。

前款(一)、(三)、(四)、(五)、(六)项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

**第十条** 当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。

**第十一条** 当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

**第十二条** 当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料，应当附有中文译本。

**第十三条** 对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据。

**第十四条** 当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，签名盖章，注明提交日期，并依照对方当事人人数提出副本。

人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，注明证据的名称、份数和页数以及收到的时间，由经办人员签名或者盖章。

**第十五条** 《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”，是指以下情形：

- (一) 涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；
- (二) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

第十六条 除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。

第十七条 符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：

- (一) 申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；
- (二) 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；
- (三) 当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

第十八条 当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

第十九条 当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前七日。

人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的，应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。

第二十条 调查人员调查收集的书证，可以是原件，也可以是经核对无误的副本或者复制件。是副本或者复制件的，应当在调查笔录中说明来源和取证情况。

第二十一条 调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人提供原物确有困难的，可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的，应当在调查笔录中说明取证情况。

第二十二条 调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

## 法条精解

### 1. 举证责任的一般分配原则

(1) 一般原则：人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。此为举证责任一般分配原则。

(2) 适用情形为：在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时。

(3) 必须注意人民法院确定举证责任承担的权力。

### 2. 合同纠纷的举证责任分配及举证责任一般分配原则

《证据规定》第5条对合同纠纷中举证责任分配作出了明确规定。必须掌握的是：① 对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。② 对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

### 3. 侵权及其他特殊情形下的举证责任分配

此知识点为司法考试的绝对重点，需要关注。根据民法、民事诉讼法等法律的规定，以下情形下，举证责任不适用上述的举证责任分配原则，而作出了特殊的规定，参见《证据规定》第4条、第6条、第7条。此处不再一一列举，择其要点析之：

(1) 仔细对照《证据规定》第4条与《民诉意见》第74条，可以发现《证据规定》对特殊侵权案件中的举证责任分配表述更为准确，具体到对于什么事项作出特殊的举证责任分配（倒置），因而读者可以不必再看《民诉意见》的规定，只需关注《证据规定》。但是必须关注何人（一般为被告）对何项事实承担举证责任。

(2) 必须仔细研习《证据规定》第4条，一共列举了8种情形：

① 其中（二）、（三）、（四）、（五）、（六）项是《民法通则》规定的特殊侵权行为。而对这些情形又由于民事责任的归责原则不同而规定，因而必须区别何种侵权行为，被告对于何项事实承担举证责任。

② （一）、（七）、（八）项不在《民法通则》规定的特殊侵权行为之列，但是也具有特殊性，因而也是比较容易记忆的。仍然需要注意被告对于何项事实承担举证责任。

③ 在专利侵权诉讼中，只规定了因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼的举证责任倒置，即由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任。

④ 在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算





劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

#### 4. 法院主动调查收集证据的适用

当事人对于自己的主张应当提供证据加以证明，但是在某些情形下法院也可以调查收集证据。法院调查收集证据的启动又有两种方式：一是当事人依法申请人民法院调查收集证据；二是法院依职权主动调查收集证据。两种方式适用情形是司法考试的重要考点。此处分析法院依职权主动调查收集证据的适用情形。

依照《民事诉讼法》的规定，人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当主动调查收集，对于何为“审理案件需要”，《证据规定》作了明确的规定，即是以下两种情形：①涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；②涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。必须注意，除了以上两种情形外，其他任何情形，法院不得主动调查收集证据。

#### 5. 当事人申请人民法院调查收集证据

(1) 适用情形：①申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；②涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；③当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

以上情形是《证据规定》作出的最新规定，其他与之不一致的都不应当再适用。如《民诉意见》第73条、《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》之三的规定中如果与上述新规定不一致的，一律适用新规定。因此，考生只需掌握以上三种情形。

(2) 申请方式与期限。①当事人及其诉讼代理人均可提出申请；②向人民法院提出申请；③不得迟于举证期限届满前7日；④是否准许由人民法院决定，申请人对于不予准许的决定不服的，可以申请向本院复议。

(3) 申请调查收集证据不影响举证责任的承担：经人民法院调查，未能收集到证据，仍由负有举证责任的当事人承担举证不能的后果。

#### 6. 申请鉴定

(1) 鉴定既可以由当事人申请鉴定，也可以由一方当事人自行委托有关部门鉴定。

(2) 申请期间：当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。当事人申请重新鉴定的除外。

(3) 鉴定机构和人员的确定（两种方式）：当事人申请鉴定经人民法院同意后，①由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员；②协商不成的，由人民法院指定。

(4) 申请鉴定不改变举证责任的承担。

(5) 对法院委托鉴定申请重新鉴定：当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定提出证据证明存在特定情形之一（参见《证据规定》第27条，了解这些情形），人民法院应予准许。

但是对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。

(6) 对一方自行委托鉴定申请重新鉴定。一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。

### 真题示例

1. (2005-3-70) 下列关于民事诉讼自认及其法律后果的说法，哪些是错误的？

A. 老张诉小张的赡养纠纷案件中，小张对老张陈述的收养事实明确表示承认，老张对形成收养关系的事实无需举证

B. 对原告甲陈述的事实，被告乙不置可否，法官充分说明并询问后，乙仍不予回答，视为对该项事实的承认

C. 经当事人特别授权的代理律师在诉讼中对案件事实的承认，视为当事人的承认，但因此而导致承认对方诉讼请求的除外

D. 被告只要在法庭辩论终结前声明撤回承认，其在庭审过程中的承认即无效

答案：AD。

解析：根据《证据规定》第8条第1款，A选项涉及身份关系诉讼，属于除外情形，该选项表述错误，是应选选项。根据《证据规定》第8条第2款，选项B表述正确，不是应选选项；根据《证据规定》第8条第3款，选项C表述正确，不应选；选项D是应选选项。

2. (2006-3-83) 齐某被宏大公司的汽车撞伤，诉至法院要求赔偿损失。下列关于本案举证责任的哪



些说法是正确的？

- A. 原告齐某应当举证证明是被宏大公司的汽车所撞受伤
- B. 原告齐某应当对自己受到的损失承担举证责任
- C. 被告宏大公司应当对其主张的自己没有过错承担举证责任
- D. 被告宏大公司应当对其主张的原告齐某有主观故意承担举证责任

答案：ABD。

解析：根据《证据规定》第2条，本题中原告齐某应当举证证明自己受到的损害事实，被告宏大公司的侵权行为和自己的损害之间的因果联系，被告宏大公司无需证明自己没有过错，交通事故中机动车致行人损害适用无过错原则。所以A、B两项正确，C项错误。但是如果宏大公司为反驳原告提出齐某有主观故意，则需提出证据加以证明，所以D项是正确的。

3. (2008-3-80) 三个小孩在公路边玩耍，此时，一辆轿车急速驶过，三小孩捡起石子向轿车扔去，坐在后排座位的刘某被一石子击中。刘某将三小孩起诉至法院。关于本案举证责任分配，下列哪些选项是正确的？

- A. 刘某应对三被告向轿车投掷石子的事实承担举证责任
- B. 刘某应对其所受损失承担举证责任
- C. 三被告应对投掷石子与刘某所受损害之间不存在因果关系承担举证责任
- D. 三被告应对其主观没有过错承担举证责任

答案：ABC。

解析：根据民事诉讼“谁主张，谁举证”的举证责任分配规则，刘某要对三被告向轿车投掷石子的事实和其本身受到的损失承担举证责任，A和B的说法正确。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第4条规定，二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果，不能确定实际侵害行为人的，应当依照《民法通则》第130条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任，由此C的说法正确。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第4条举证责任分配的规定，三被告的免责事由是损害后果不是由其行为造成的，而非是主观没有过错，因此，D的说法错误，不当选，本题正确答案是ABC。

## 重点法条

第六十五条 人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

77. 依照民事诉讼法第六十五条由有关单位向人民法院提出的证明文书，应由单位负责人签名或盖章，并加盖单位印章。

#### 《证据规定》

第三十条 人民法院勘验物证或者现场，应当制作笔录，记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验的经过、结果，由勘验人、在场人签名或者盖章。对于绘制的现场图应当注明绘制的时间、方位、测绘人姓名、身份等内容。

第三十一条 摘录有关单位制作的与案件事实相关的文件、材料，应当注明出处，并加盖制作单位或者保管单位的印章，摘录人和其他调查人员应当在摘录件上签名或者盖章。

摘录文件、材料应当保持内容相应的完整性，不得断章取义。

## 真题示例

(2008-3-90) 关于民事诉讼中的证据收集，下列哪些选项是正确的？

- A. 在王某诉齐某合同纠纷一案中，该合同可能存在损害第三人利益的事实，在此情况下法院可以主动收集证据
- B. 在胡某诉黄某侵权一案中，因客观原因胡某未能提供一项关键证据，在此情况下胡某可以申请法院收集证据
- C. 在周某诉贺某借款纠纷一案中，周某因自己没有时间收集证据，于是申请法院调查收集证据，在此



情况下法院应当进行调查收集

D. 在武某诉赵某一案中，武某申请法院调查收集证据，但未获法院准许，武某可以向受案法院申请复议一次

答案：ABD。

解析：根据《证据规定》第15条，A的说法正确，当选。根据《民事诉讼法》第64条和《民诉意见》第73条规定，B是正确的，当选；C的说法错误，不当选。根据《证据规定》第19条规定，D是正确的。所以本题正确答案是ABD。

重点法条

第六十六条 证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。

【关联法条】

《民诉意见》

72. 证据应当在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证。依法应当保密的证据，人民法院可视具体情况决定是否在开庭时出示，需要出示的，也不得在公开开庭时出示。

154. 民事诉讼法第六十六条、第一百二十条所指的商业秘密，主要是指技术秘密、商业情报及信息等，如生产工艺、配方、贸易联系、购销渠道等当事人不愿公开的工商业秘密。

《证据规定》

第三十二条 被告应当在答辩期届满前提出书面答辩，阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见。

第三十三条 人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。

举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。

由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

第三十四条 当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。

对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。

当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

第三十五条 诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。

第三十六条 当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。

第三十七条 经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。

人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

第三十八条 交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可，也可以由人民法院指定。

人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。

第三十九条 证据交换应当在审判人员的主持下进行。

在证据交换的过程中，审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷；对有异议的证据，按照需要证明的事实分类记录在卷，并记载异议的理由。通过证据交换，确定双方当事人争议的主要问题。

第四十条 当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的，人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。

证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为有必要再次进行证据交换的除外。



第四十一条 《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的“新的证据”，是指以下情形：

（一）一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据。

（二）二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

第四十二条 当事人在一审程序中提供新的证据的，应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。

当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。

第四十三条 当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳。

当事人经人民法院准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新的证据。

第四十四条 《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（一）项规定的“新的证据”，是指原审庭审结束后新发现的证据。

当事人在再审程序中提供新的证据的，应当在申请再审时提出。

第四十五条 一方当事人提出新的证据的，人民法院应当通知对方当事人在合理期限内提出意见或者举证。

第四十六条 由于当事人的原因未能在指定期限内举证，致使案件在二审或者再审期间因提出新的证据被人民法院发回重审或者改判的，原审裁判不属于错误裁判案件。一方当事人请求提出新的证据的另一方当事人负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失，人民法院应予支持。

第四十七条 证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。

当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的依据。

第四十八条 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。

第四十九条 对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：

- （一）出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；
- （二）原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。

第五十条 质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。

第五十一条 质证按下列顺序进行：

- （一）原告出示证据，被告、第三人与原告进行质证；
- （二）被告出示证据，原告、第三人与被告进行质证；
- （三）第三人出示证据，原告、被告与第三人进行质证。

人民法院依照当事人申请调查收集的证据，作为提出申请的一方当事人提供的证据。

人民法院依照职权调查收集的证据应当在庭审时出示，听取当事人意见，并可就调查收集该证据的情况予以说明。

第五十二条 案件有两个以上独立的诉讼请求的，当事人可以逐个出示证据进行质证。

《最高人民法院关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》

一、关于第三十三条第三款规定的举证期限问题。《证据规定》第三十三条第三款规定的举证期限是指在适用一审普通程序审理民事案件时，人民法院指定当事人提供证据证明其主张的基础事实的期限，该期限不得少于三十日。但是人民法院在征得双方当事人同意后，指定的举证期限可以少于三十日。前述规定的举证期限届满后，针对某一特定事实或特定证据或者基于特定原因，人民法院可以根据案件的具体情况，酌情指定当事人提供证据或者反证的期限，该期限不受“不得少于三十日”的限制。

二、关于适用简易程序审理案件的举证期限问题。适用简易程序审理的案件，人民法院指定的举证期限不受《证据规定》第三十三条第三款规定的限制，可以少于三十日。简易程序转为普通程序审理，人民





法院指定的举证期限少于三十日的，人民法院应当为当事人补足不少于三十日的举证期限。但在征得当事人同意后，人民法院指定的举证期限可以少于三十日。

三、关于当事人提出管辖权异议后的举证期限问题。当事人在一审答辩期内提出管辖权异议的，人民法院应当在驳回当事人管辖权异议的裁定生效后，依照《证据规定》第三十三条第三款的规定，重新指定不少于三十日的举证期限。但在征得当事人同意后，人民法院可以指定少于三十日的举证期限。

四、关于对人民法院依职权调查收集的证据提出相反证据的举证期限问题。人民法院依照《证据规定》第十五条调查收集的证据在庭审中出示后，当事人要求提供相反证据的，人民法院可以酌情确定相应的举证期限。

五、关于增加当事人时的举证期限问题。人民法院在追加当事人或者有独立请求权的第三人参加诉讼的情况下，应当依照《证据规定》第三十三条第三款的规定，为新参加诉讼的当事人指定举证期限。该举证期限适用于其他当事人。

六、关于当事人申请延长举证期限的问题。当事人申请延长举证期限经人民法院准许的，为平等保护双方当事人的诉讼权利，延长的举证期限适用于其他当事人。

七、关于增加、变更诉讼请求以及提出反诉时的举证期限问题。当事人在一审举证期限内增加、变更诉讼请求或者提出反诉，或者人民法院依照《证据规定》第三十五条的规定告知当事人可以变更诉讼请求后，当事人变更诉讼请求的，人民法院应当根据案件的具体情况重新指定举证期限。当事人对举证期限有约定的，依照《证据规定》第三十三条第二款的规定处理。

八、关于二审新的证据举证期限的问题。在第二审人民法院审理中，当事人申请提供新的证据的，人民法院指定的举证期限，不受“不得少于三十日”的限制。

九、关于发回重审案件举证期限问题。发回重审的案件，第一审人民法院在重新审理时，可以结合案件的具体情况和发回重审的原因等情况，酌情确定举证期限。如果案件是因违反法定程序被发回重审的，人民法院在征求当事人的意见后，可以不再指定举证期限或者酌情指定举证期限。但案件因遗漏当事人被发回重审的，按照本通知第五条处理。如果案件是因认定事实不清、证据不足发回重审的，人民法院可以要求当事人协商确定举证期限，或者酌情指定举证期限。上述举证期限不受“不得少于三十日”的限制。

十、关于新的证据的认定问题。人民法院对于“新的证据”，应当依照《证据规定》第四十一条、第四十二条、第四十三条、第四十四条的规定，结合以下因素综合认定：

（一）证据是否在举证期限或者《证据规定》第四十一条、第四十四条规定的其他期限内已经客观存在；

（二）当事人未在举证期限或者司法解释规定的其他期限内提供证据，是否存在故意或者重大过失的情形。

## 法条精解

总结上述法律规定，把握以下内容：

### 1. 举证期限

在审理民事诉讼案件中，人民法院必须适用举证期限的规定。

（1）举证期限的确定（两种方式）：①可以由当事人协商一致，注意此需要经人民法院认可。②由人民法院指定举证期限。指定的期限不得少于30日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

（2）举证期限的变更：当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。

（3）举证期限的延长：①经当事人申请：当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当申请延长举证期限。②申请期限：当事人应当在举证期限内提出申请。③经人民法院准许。④再次申请延长举证期限：当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。

注意：再次提出延期申请，是否准许还是由受案人民法院决定，而不是由上级法院决定，与延长审限不同。

（4）举证期限的效力确定的举证期限具有法律效力，当事人应当遵守，否则将承担不利的后果。重要的法律效力有：①当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。②对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但有例外：对方当事人同意质证的除外。③当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。此系一



个非常重要的规定，补充甚至修改了民事诉讼法及其意见的相关规定。此外，注意变更诉讼请求有两个例外：其一，诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受前述限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。其二，债权人依照《合同法》第122条的规定（侵权与违约的选择）向人民法院起诉时作出选择后，在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。④由于当事人的原因（不管是何原因）未能在指定期限内举证，致使案件在二审或者再审期间因提出新的证据被人民法院发回重审或者改判的，原审裁判不属于错误裁判案件。一方当事人可以请求提出新的证据的另一方当事人负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失。

(5) “新的证据”的提出。举证期限的设置不排除在举证期限届满后“新的证据”的提出。但是“新的证据”的提出也有时间限制；在一审、二审、审判监督程序中“新的证据”的内涵也是不同的。

①“新的证据”的概念，根据《证据规定》第41条、第44条的规定，新证据是指：

一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据。

二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

《民事诉讼法》第179条第1款第1项规定的“新的证据”，是指原审庭审结束后新发现的证据。

②提出的时间——一审、二审、再审程序中有所不同：

一审：当事人在一审程序中提供新的证据的，应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。

二审：当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。

再审：当事人在再审程序中提供新的证据的，应当在申请再审时提出。

③对方当事人的权利：

一方当事人提出新的证据的，人民法院应当通知对方当事人在合理期限内提出意见或者举证。

一方当事人提出新的证据的，对方可以请求其负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失。

## 2. 证据交换

(1) 证据交换的时间：在开庭审理前。

(2) 证据交换的启动（两种方式）：①经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。②人民法院依职权组织：对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

以上可见，证据交换与举证期限不同，不是必须进行的。

(3) 证据交换的时间的确定（两种方式）：在开庭审理前或在答辩期届满后、开庭审理前，具体时间如此确定：①可以由当事人协商一致并经人民法院认可；②可以由人民法院指定。

(4) 证据交换日期与举证期限的关系：①人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满。②当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。

(5) 再次证据交换：①适用：当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的，人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。②次数：证据交换一般不超过两次。特殊情形下，可以超过两次：重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为确有必要可以再次进行证据交换。

## 3. 公开质证

(1) 公开质证原则：证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。注意：法院依职权调查的证据也不例外。

(2) 公开质证的例外：①涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。但是注意对此类证据，应当质证，只是不公开质证。②当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的依据。此类证据无需经过质证程序。

## 真题示例

1. (2007-3-88) 2003年8月，设立于同一行政区域内的甲公司向乙公司订购了40台电脑，协议约定

乙公司于2004年1月31日之前交货，甲公司于2004年3月15日之前付清货款。乙公司按期向甲公司交付了40台电脑，但甲公司只在2004年3月向乙公司交付了29台电脑款，其余11台电脑款一直未交付。2005年1月，乙公司起诉，要求甲公司支付余款及其利息，法院受理了此案。甲公司认为乙公司的电脑质量不合格，准备提起反诉。关于提起反诉的解答，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲公司的反诉在主体、管辖和牵连关系上都是符合反诉条件的
- B. 该反诉应该在答辩期届满之前提出
- C. 反诉所需要交纳的受理费较通常的起诉减半收取
- D. 该反诉已经超过了诉讼时效，法院应依法裁定不予受理

答案：AC。

解析：所谓的反诉，是指在诉讼进行过程中，本诉的被告以原告为被告，向受理本诉的人民法院提出与本诉具有牵连关系的、目的在于抵消或者吞并本诉原告诉讼请求的独立的反请求。本题中，甲公司认为乙公司的电脑质量不合格而反诉乙公司，主体是符合条件的；而且本题中甲公司的反诉与本诉中乙公司请求支付余款及其利息是有牵连关系的，所以A的说法是正确的。根据《证据规定》第34条，当事人提出反诉，应当在举证期限届满前提出。注意这里的举证期限不等同于答辩期，因此B的说法是错误的。根据《诉讼费用交纳办法》第18条规定，被告提起反诉、有独立请求权的第三人提出与本案有关的诉讼请求，人民法院决定合并审理的，分别减半交纳案件受理费。所以C是正确的。根据《民诉意见》第153条规定，当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。本题中，反诉虽然已经超过了诉讼时效，但是法院应该裁定受理，因此D的说法是错误的，本题正确答案是AC。

2. (2002-3-75)《民事诉讼法》第125条第1款规定“当事人在法庭上可以提出新的证据”。该“新的证据”所指的是下列哪些情形？

- A. 当事人在诉讼之前就持有，但在一审诉讼过程中一直没有向人民法院提供，到二审程序时，当事人才向人民法院出示的证据
- B. 当事人在举证期限届满后才发现的证据
- C. 当事人在二审中向人民法院提供的在一审结束后才发现的证据
- D. 当事人在举证期限内因主观原因未能在举证期限内提供，但在法庭开庭时向法庭出示的证据

答案：BC。

解析：根据《证据规定》第41条规定，本题选BC。

重点法条

第七十条 凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。不能正确表达意志的人，不能作证。

【关联法条】

《证据规定》

第五十三条 不能正确表达意志的人，不能作为证人。

待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。

第五十四条 当事人申请证人出庭作证，应当在举证期限届满十日前提出，并经人民法院许可。

人民法院对当事人的申请予以准许的，应当在开庭审理前通知证人出庭作证，并告知其应当如实作证及作伪证的法律后果。

证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。

第五十五条 证人应当出庭作证，接受当事人的质询。

证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证。

第五十六条 《民事诉讼法》第七十条规定的“证人确有困难不能出庭”，是指有下列情形：

- (一) 年迈体弱或者行动不便无法出庭的；
- (二) 特殊岗位确实无法离开的；
- (三) 路途特别遥远，交通不便难以出庭的；



(四) 因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的;

(五) 其他无法出庭的特殊情况。

前款情形,经人民法院许可,证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。

第五十七条 出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的,可以其他表达方式作证。

证人作证时,不得使用猜测、推断或者评论性的语言。

第五十八条 审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理;询问证人时,其他证人不得在场。人民法院认为有必要的,可以让证人进行对质。

第七十八条 人民法院认定证人证言,可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。

## 法条精解

### 1. 证人资格、证人出庭作证与质证

(1) 证人资格。凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。不存在回避。注意两点:①待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人,可以作为证人。②不能正确表达意志的人,不能作为证人。

(2) 证人出庭作证的申请。①申请时间与方式:当事人应当在举证期限届满10日前提出,并经人民法院许可。②费用承担:证人因出庭作证而支出的合理费用,由提供证人的一方当事人先行支付,由败诉一方当事人承担。注意与诉讼费用相似。

(3) 不能出庭的法定情形证人应当出庭作证,但是有下列情形之一的,经人民法院许可,可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证(注意不限于提交书面证言,与民事诉讼法的规定不同):①年迈体弱或者行动不便无法出庭的;②特殊岗位确实无法离开的;③路途特别遥远,交通不便难以出庭的;④因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的;⑤其他无法出庭的特殊情况。

### 2. 证明力的确认与认证

(1) 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据:①未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言(注意特定情形:与其年龄和智力状况不相当);②与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言;③存有疑点的视听资料;④无法与原件、原物核对的复印件、复制品;⑤无正当理由未出庭作证的证人证言(注意特定情形:无正当理由未出庭;还应注意视为出庭的情形)。

(2) 确认证明力对于以下情形,以常理均可推出,因而读者可了解,并以常理推演记忆。

①一方当事人提出的一些证据,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力,具体情形参见《证据规定》第70条,读者可了解。此处不再一一列举。

②人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论,当事人没有足以反驳的相反证据和理由的,可以认定其证明力。

③一方当事人提出的证据,另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的,人民法院可以确认其证明力。

④一方当事人提出的证据,另一方当事人有异议并提出反驳证据,对方当事人对反驳证据认可的,可以确认反驳证据的证明力。

⑤诉讼过程中,当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据,人民法院应当予以确认,但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。

⑥有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。

## 真题示例

1. (2005-3-48) 下列关于证人及证人证言的表述,哪一项是错误的?

- A. 凡是了解案件情况的人都有义务出庭作证当事人
- B. 申请证人出庭作证应当经人民法院许可
- C. 与当事人一方有亲戚关系的人不能作为证人







D. 无诉讼行为能力的人在一定情况下可以作为证人

答案：C。

解析：根据《民事诉讼法》第70条第2款和《证据规定》第53条，只有不能正确表达意志的人，不能作为证人。一个人是否与当事人一方有亲戚关系，并不影响其作为证人的资格。根据《证据规定》第77条，是否与当事人一方有亲戚关系只会影响到该证人证言的证明力。因此，选项C的表述是错误的，是应选选项。根据《民事诉讼法》第70条第1款，选项A的表述正确，不是应选选项；根据《证据规定》第54条第1款，选项B的表述正确，不是应选选项；根据《证据规定》第53条第2款，选项D的表述是正确的，不是应选选项。

2. (2008-3-45) 关于证人的表述，下列哪一选项是正确的？

A. 王某是未成年人，因此，王某没有证人资格，不能作为证人

B. 原告如果要在诉讼中申请证人出庭作证，应当在举证期限届满前提出，并经法院许可

C. 甲公司的诉讼代理人乙律师是目击案件情况发生的人，对方当事人丙可以向法院申请乙作为证人出庭作证，如法院准许，则乙不得再作为甲公司的诉讼代理人

D. 李某在法庭上宣读未到庭的证人的书面证言，该书面证言能够代替证人出庭作证

答案：C。

解析：根据《民事诉讼法》第70条和《证据规定》第53条规定，A、D是错误的；根据《证据规定》第54条规定，B是错误的，不当选。本题正确答案是C，这是因为证人的身份和其他诉讼法律关系主体的身份发生冲突的时候，证人身份优先。

## 重点法条

第七十四条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

### 【关联法条】

#### 《证据规定》

第二十三条 当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。

当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。

法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。

第二十四条 人民法院进行证据保全，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。

人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场。

第五十九条 鉴定人应当出庭接受当事人质询。

鉴定人确因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人的质询。

第六十条 经法庭许可，当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。

询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不适当引导证人的言语和方式。

第六十一条 当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。

审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。

经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有案件中的问题进行对质。

具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

第六十三条 人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。

第六十四条 审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。

第六十五条 审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：

(一) 证据是否原件、原物，复印件、复制品与原件、原物是否相符；

(二) 证据与本案事实是否相关；

(三) 证据的形式、来源是否符合法律规定；

(四) 证据的内容是否真实;

(五) 证人或者提供证据的人,与当事人有无利害关系。

第六十六条 审判人员对案件的全部证据,应当从各证据与案件事实的关联程序、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。

第六十七条 在诉讼中,当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可,不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

第六十八条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。

第六十九条 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据:

- (一) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言;
- (二) 与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言;
- (三) 存有疑点的视听资料;
- (四) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品;
- (五) 无正当理由未出庭作证的证人证言。

第七十条 一方当事人提出的下列证据,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力:

- (一) 书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本;
- (二) 物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等;
- (三) 有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件;
- (四) 一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。

第七十一条 人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论,当事人没有足以反驳的相反证据和理由的,可以认定其证明力。

第七十二条 一方当事人提出的证据,另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的,人民法院可以确认其证明力。

一方当事人提出的证据,另一方当事人有异议并提出反驳证据,对方当事人对反驳证据认可的,可以确认反驳证据的证明力。

第七十三条 双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。

因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的,人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。

第七十四条 诉讼过程中,当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据,人民法院应当予以确认,但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。

第七十五条 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。

第七十六条 当事人对自己的主张,只有本人陈述而不能提出其他相关证据的,其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。

第七十七条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力,可以依照下列原则认定:

- (一) 国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证;
- (二) 物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言;
- (三) 原始证据的证明力一般大于传来证据;
- (四) 直接证据的证明力一般大于间接证据;
- (五) 证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。

第七十九条 人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。

对当事人无争议的证据,是否采纳的理由可以不在裁判文书中表述。

## 法条精解

上述法条对证据保全作出了明确规定,要把握以下内容:





### 1. 诉讼中的证据保全

(1) 适用条件：①证据可能灭失；②证据以后难以取得。

(2) 启动方式：①依诉讼参加人（广义上的当事人）的申请启动；②人民法院依职权启动。

注意：在诉讼中，申请证据保全不必然是原告，被告也可申请证据保全。这与财产保全是不同的。

(3) 申请期限：当事人申请证据保全的，不得迟于举证期限届满前7日提交申请。

(4) 担保：人民法院可以要求申请人提供相应的担保。注意不是必须要求其提供担保。

### 2. 诉前证据保全

(1) 适用条件：主要考点在商标权和著作权案件中，适用于为了制止侵权（商标权和著作权）行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下。

(2) 启动方式：由商标注册人或者利害关系人向人民法院申请；由著作权人或者与著作权有关的权利人可向人民法院申请。

在诉前，申请证据保全的一般是将成为原告的权利人或其他利害关系人。

(3) 担保：人民法院可以责令申请人提供担保，也可以不要求申请人提供担保；但是如果经人民法院责令申请人提供担保，其不提供担保的，驳回申请人的申请。

(4) 解除保全措施：申请人在人民法院采取保全措施后15日内不起诉的，人民法院应当解除保全措施。

(5) 对于诉讼案件的管辖的影响：与财产保全不同，在商标权和著作权案件中，证据保全不影响案件的管辖。

### 3. 证明对象

证明对象是指诉讼参加人和法院运用证据加以证明的对案件的解决有法律意义的事实。

(1) 需用证据证明的事实即证明对象。一般认为，证明对象包括以下内容：①当事人主张的有关实体权益的法律事实；②当事人主张的程序法律事实；③证据材料；④习惯、地方性法规（主要指非法院本地区的）和外国法；⑤特别经验规则：主要是指专门性的特殊行业的经验规则。以上重点注意第③、④点。

(2) 不需证明的事实。对于该项事实的内容，《民诉意见》和《证据规定》对此作出了规定。综合这些规定，主要有以下情形：①自然规律及定理；②当事人自认的事实：一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实，明确表示承认的；③众所周知的事实；④根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；⑤已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实；⑥已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；⑦已为有效公证文书所证明的事实。

4. 对于以上无需举证的内容，要注意并不是其适用条件

(1) 对于前述第②项：

①限于对方当事人在诉讼过程中明确表示承认的，但涉及身份关系的案件除外。

②对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

③当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但有例外：未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的，不是有效的自认，对此例外又有例外：此种情形下，当事人到场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。

④自认可以撤回，但有条件：其一，撤回时间：当事人在法庭辩论终结前撤回；其二，撤回经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符。其三，经有效撤回后，不能免除对方当事人的举证责任。（《证据规定》第8条）注意以上对于撤回自认的限制，比《民诉意见》要求严格，应当适用本规定（新法）。

⑤还需要注意：对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据：即对于这样的事实，即使当事人自认，也需要提供证据证明。（《证据规定》第13条）在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

(2) 对于前述③、④、⑤、⑥、⑦项，当事人有相反证据足以推翻的，不免除主张方的举证责任。

(3) ⑤、⑥项均为生效裁决。如果本诉讼所依据的裁决尚未生效，诉讼应当中止。（《民事诉讼法》第136条）

## 重点法条

第七十五条 期间包括法定期间和人民法院指定的期间。

期间以时、日、月、年计算。期间开始的时和日，不计算在期间内。

期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。

期间不包括在途时间，诉讼文书在期满前交邮的，不算过期。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第七十六条 当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的十日内，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定。

#### 《民诉意见》

79. 依照民事诉讼法第七十五条第二款规定，民事诉讼中以日计算的各种期间均从次日起算。

### 法条精解

本条是民事诉讼中关于期间的规定。主要掌握以下几点、期间的计算单位：时、日、月、年。

1. 注意期间的计算方法。
2. 期间顺延的使用情形：因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的。
3. 适用期间顺延需要由当事人申请，法院不可依职权适用。
4. 申请时间：障碍消除后 10 日。
5. 期间顺延要由人民法院决定是否准许。

### 重点法条

第七十九条 受送达人或者他的同住成年家属拒绝接收诉讼文书的，送达人应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，把诉讼文书留在受送达人的住所，即视为送达。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

81. 向法人或者其他组织送达诉讼文书，应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或盖章，拒绝签收或者盖章的，适用留置送达。

82. 受送达人拒绝接受诉讼文书，有关基层组织或者所在单位的代表及其他见证人不愿在送达回证上签字或盖章的，由送达人在送达回证上记明情况，把送达文书留在受送达人住所，即视为送达。

83. 受送达人有诉讼代理人的，人民法院既可以向受送达人送达，也可以向其诉讼代理人送达。受送达人指定诉讼代理人为代收人的，向诉讼代理人送达时，适用留置送达。

84. 调解书应当直接送达当事人本人，不适用留置送达。当事人本人因故不能签收的，可由其指定的代收人签收。

### 法条精解

本条是关于留置送达的规定，对此，掌握以下内容：

1. 注意适用留置送达的情形：受送达人或者他的同住成年家属拒绝接受诉讼文书的。
2. 适用留置送达的程序：送达人应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章。
3. 留置送达的效力：视为送达。

### 真题示例

1. (2004-3-44) 李某与赵某是夫妻。1999 年 7 月，李某向某县人民法院起诉要求离婚，法院经审理判决不准离婚。审理该案的书记员两次到李某家送达判决书李某均拒绝接收。对此，应当如何处理？

- A. 书记员将该判决书交给李某的邻居王某转交
- B. 书记员将该判决书留置在李某的住所
- C. 书记员将该判决书交给李某所在地居委会转交
- D. 书记员将该判决书交给李某所在地派出所转交

答案：B。





**解析：**《民事诉讼法》第79条规定，受送达人或者他的同住成年家属拒绝接收诉讼文书的，送达人应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，把诉讼文书留在受送达人的住所，即视为送达。所以，应选B。

2. (2002-3-70) 在民事诉讼中，可以适用留置送达的诉讼文书和法律文书包括哪些？

- A. 人民法院的判决书
- B. 人民法院的裁定书
- C. 人民法院的调解书
- D. 出庭通知书

**答案：**ABD。

**解析：**本题考留置送达的文书种类。根据《民事诉讼法》第79条规定，诉讼文书原则上能够适用留置送达，例外情况需要特别规定。只有调解书为其中例外，根据《民诉意见》第84条规定，调解书应当直接送达当事人本人，不适用留置送达。当事人本人因故不能签收的，可由其指定的代收人签收。

## 重点法条

第八十五条 人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

91. 人民法院受理案件后，经审查，认为法律关系明确、事实清楚，在征得当事人双方同意后，可以径行调解。

92. 人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解。当事人一方或双方坚持不愿调解的，人民法院应当及时判决。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解，但不应久调不决。

93. 人民法院调解案件时，当事人不能出庭的，经其特别授权，可由其委托代理人参加调解，达成的调解协议，可由委托代理人签名。离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

94. 无民事行为能力人的离婚案件，由其法定代理人进行诉讼。法定代理人与对方达成协议要求发给判决书的，可根据协议内容制作判决书。

#### 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》

第一条 人民法院对受理的第一审、第二审和再审民事案件，可以在答辩期满后裁判作出前进行调解。在征得当事人各方同意后，人民法院可以在答辩期满前进行调解。

第二条 对于有可能通过调解解决的民事案件，人民法院应当调解。但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件，婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不予调解。

第六条 在答辩期满前人民法院对案件进行调解，适用普通程序的案件在当事人同意调解之日起15天内，适用简易程序的案件在当事人同意调解之日起7天内未达成调解协议的，经各方当事人同意，可以继续调解。延长的调解期间不计入审限。

## 法条精解

本条是关于法院调解原则的规定，对这部分，要掌握以下内容：

1. 调解应遵循自愿、合法的原则。
2. 注意《民诉意见》第93条第2款的规定：离婚诉讼调解，当事人无法出庭参加的，应出具书面意见，除当事人不能表达意志的以外。
3. 依《民诉意见》第92条，调解并非判决的必经程序，但有例外，即离婚诉讼。

## 真题示例

1. (2005-3-98) 李大民(男)与张小丽(女)于1998年登记结婚。1999年张小丽由于做生意亏损、夫妻感情恶化等原因，患精神病，丧失民事行为能力。2000年2月，李大民向某市河海区人民法院提起诉讼，请求判决与张小丽离婚。张小丽的母亲马雨霞作为张小丽的法定代理人参加了诉讼。

假设在诉讼中，法院对案件进行调解，下列何种行为是合法的？



- A. 法院对案件主动进行调解
- B. 马雨霞代张小丽作出了同意离婚的意思表示
- C. 应马雨霞的要求, 法院根据调解协议的内容制作判决书
- D. 本案调解达成离婚协议, 法院可以不制作调解书和判决书

答案: ABC。

解析: 根据《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第1条的规定, 法院对案件可以主动进行调解。因此, 选项A正确。根据《民诉意见》第94条, 选项B、C正确。根据《民事诉讼法》第90条的规定, D选项的假设是达成离婚协议, 而不是调解和好, 因此, 不能以不制作调解书的方式结案。D选项错误。

2. (2003-3-80) 人民法院审理民事案件, 应当根据自愿和合法的原则进行调解。对此, 下列哪些理解是错误的?

- A. 人民法院只能在双方当事人都同意的情况下才能进行调解
- B. 双方当事人达成调解协议但要求人民法院必须根据协议内容制作判决书, 人民法院可以制作调解书结案
- C. 人民法院审理离婚案件, 应当进行调解
- D. 当事人为达成调解协议对案件事实的自愿认可, 在调解不成的情况下, 可以作为判决认定事实的根据

答案: ABD。

解析: 根据《民诉意见》第92条规定, A错误, 应选。人民法院审理离婚案件, 应当进行调解, 但不应久调不决。C正确, 不应选。根据《民诉意见》第94条规定, B错误, 应选。根据《证据规定》第67条规定, 当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可, 不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。D错误, 应选。

## 重点法条

第八十六条 人民法院进行调解, 可以由审判员一人主持, 也可以由合议庭主持, 并尽可能就地进行。人民法院进行调解, 可以用简便方式通知当事人、证人到庭。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》

第五条 人民法院应当在调解前告知当事人主持调解人员和书记员姓名以及是否申请回避等有关诉讼权利和诉讼义务。

第七条 当事人申请不公开进行调解的, 人民法院应当准许。

调解时当事人各方应当同时在场, 根据需要也可以对当事人分别做调解工作。

## 法条精解

本条是关于法院调解的程序的規定:

1. 关于调解的主持人: 调解的主持者可以是合议庭, 也可以是独任审判员。
2. 调解可以用简便方式通知当事人、证人到庭。

## 重点法条

第八十八条 调解达成协议, 必须双方自愿, 不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》

第八条 当事人可以自行提出调解方案, 主持调解的人员也可以提出调解方案供当事人协商时参考。

第九条 调解协议内容超出诉讼请求的, 人民法院可以准许。

第十条 人民法院对于调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的, 应予准许。

调解协议约定一方不履行协议, 另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款, 人民法院不予准许。

第十一条 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的, 人民法院应当准许。

案外人提供担保的, 人民法院制作调解书应当列明担保人, 并将调解书送交担保人。担保人不签收调



解书的，不影响调解书生效。

当事人或者案外人提供的担保符合担保法规定的条件时生效。

第十二条 调解协议具有下列情形之一的，人民法院不予确认：

- (一) 侵害国家利益、社会公共利益的；
- (二) 侵害案外人利益的；
- (三) 违背当事人真实意思的；
- (四) 违反法律、行政法规禁止性规定的。

法条精解

本条是对调解协议的规定。主要强调以下几点：

- 1. 调解协议的达成要坚持自愿原则。
- 2. 调解中允许的特殊情形：
  - (1) 调解协议内容超出诉讼请求的，人民法院可以准许。
  - (2) 人民法院对于调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的，应予准许。
  - (3) 调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的，人民法院应当准许。
- 3. 调解协议不被人民法院确认的四种情形：
  - (1) 侵害国家利益、社会公共利益的；
  - (2) 侵害案外人利益的；
  - (3) 违背当事人真实意思的；
  - (4) 违反法律、行政法规禁止性规定的。
- 4. 最后要注意两点：

- (1) 调解协议约定一方不履行协议，另一方可以请求人民法院对案件作出裁判的条款，人民法院不予准许。
- (2) 案外人提供担保的，人民法院制作调解书应当列明担保人，并将调解书送交担保人。担保人不签收调解书的，不影响调解书生效。

重点法条

第八十九条 调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

【关联法条】

《民诉意见》

- 95. 当事人一方拒绝签收调解书的，调解书不发生法律效力，人民法院要及时通知对方当事人。
- 96. 调解书不能当庭送达双方当事人的，应以后收到调解书的当事人签收的日期为调解书生效日期。

《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》

第四条 当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。双方当事人申请庭外和解的期间，不计入审限。

当事人在和解过程中申请人民法院对和解活动进行协调的，人民法院可以委派审判辅助人员或者邀请、委托有关单位和个人从事协调活动。

第十四条 当事人不能对诉讼费用如何承担达成协议的，不影响调解协议的效力。

人民法院可以直接决定当事人承担诉讼费用的比例，并将决定记入调解书。

第十五条 对调解书的内容既不享有权利又不承担义务的当事人不签收调解书的，不影响调解书的效力。

第十六条 当事人以民事调解书与调解协议的原意不一致为由提出异议，人民法院审查后认为异议成立的，应当根据调解协议裁定补正民事调解书的相关内容。

第十七条 当事人就部分诉讼请求达成调解协议的，人民法院可以就此先行确认并制作调解书。

当事人就主要诉讼请求达成调解协议，请求人民法院对未达成协议的诉讼请求提出处理意见并表示接



受该处理结果的，人民法院的处理意见是调解协议的一部分内容，制作调解书的记入调解书。

第十八条 当事人自行和解或者经调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予支持。

第十九条 调解书确定的担保条款条件或者承担民事责任的条件成就时，当事人申请执行的，人民法院应当依法执行。

不履行调解协议的当事人按照前款规定承担了调解书确定的民事责任后，对方当事人又要求其承担民事诉讼法第二百三十二条规定的迟延履行责任的，人民法院不予支持。

## 法条精解

本条是关于调解书的制作、送达和效力，对此掌握以下内容：

1. 调解书应当写明的事项。其中不包括法律依据，这是调解书与判决书的不同之处。

2. 调解书的签名和盖章：签名包括书记员和审判员；盖章是人民法院的章，而非人民法院的章。

3. 调解书经双方当事人签收后即具有法律效力，因此，在达成调解协议后当事人未签收前，当事人可以反悔。

4. 调解书不适用留置送达和公告送达。

5. 当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。但是当事人自行和解或者经调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予支持。

6. 不影响调解协议的效力的情形：①当事人不能对诉讼费用如何承担达成协议的；②对调解书的内容既不享有权利又不承担义务的当事人不签收调解书的。

## 真题示例

（2003-3-68）甲公司诉乙公司侵权一案，在市中级人民法院作出二审判决之后，甲公司新发现一重要证据，遂向省高级人民法院申请再审。省高级人民法院受理后，甲公司与乙公司达成了调解协议。在此情况下，下列哪些说法是错误的？

- A. 由省高级人民法院作出撤销原判决的裁定
- B. 由省高级人民法院制作调解书并注明撤销原判决
- C. 在当事人达成调解协议的同时，该判决自动撤销
- D. 制作调解书送达当事人双方后，该判决视为撤销

答案：ABC。

解析：调解作为民事诉讼的一项基本原则，在诉讼的各个阶段都是适用的，在审判监督程序中也同样适用。根据《民诉意见》第201条的规定，按审判监督程序决定再审或提审的案件，由再审或提审的人民法院在作出新的判决、裁定中确定是否撤销、改变或者维持原判决、裁定；达成调解协议的，调解书送达后，原判决、裁定即视为撤销。故选ABC项。

## 重点法条

第九十条 下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书：

- （一）调解和好的离婚案件；
- （二）调解维持收养关系的案件；
- （三）能够即时履行的案件；
- （四）其他不需要制作调解书的案件。

对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

### 【关联法条】

《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》

第十三条 根据民事诉讼法第九十条第一款第（四）项规定，当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效，经人民法院审查确认后，应当记入笔录或者将协议附卷，并由当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后即具有法律效力。当事人请求制作调解书的，人民法院应当制作调解书送交当事人。当事人





拒收调解书的,不影响调解协议的效力。一方不履行调解协议的,另一方可以持调解书向人民法院申请执行。

### 法条精解

本条的规定很明确,记住可以不制作调解书的几种情形:①调解和好的离婚案件;②调解维持收养关系的案件;③能够即时履行的案件;④其他不需要制作调解书的案件。

### 真题示例

(2003-3-70) 对下列哪些案件调解达成协议的,人民法院可以不制作民事调解书?

- A. 被告拖欠原告贷款 10 万元,双方达成协议,被告在 1 个月内付清,原告不要求被告支付拖欠期间的贷款利息
- B. 赔偿案件中的被告人在国外,与原告达成赔偿协议,同意在 2 个月内赔付
- C. 赡养案件中当事人双方达成协议,被告愿意每月向原告支付赡养费 200 元,原告申请撤诉
- D. 收养案件中当事人双方达成协议,维持收养关系

答案:CD。

解析:根据《民事诉讼法》第 90 条的规定,不需制作调解书的案件有:①调解和好的离婚案件;②调解维持收养关系的案件;③能够即时履行的案件;④其他不需要制作调解书的案件。故选 C、D 项。

### 重点法条

第九十一条 调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的,人民法院应当及时判决。

【关联法条】

《民诉意见》

97. 无独立请求权的第三人参加诉讼的案件,人民法院调解时需要确定无独立请求权的第三人承担义务的,应经第三人的同意,调解书应当同时送达第三人。第三人在调解书送达前反悔的,人民法院应当及时判决。

### 法条精解

本条是关于调解与判决的关系的规定,对此,把握以下几点内容:

1. 调解未达成协议或送达前一方反悔的,法院应当判决。
2. 调解书确定无独立请求权的第三人承担义务的,应该经第三人同意;调解书应同时送达第三人;第三人反悔的,应及时判决。

### 真题示例

1. (2007-3-83) 甲起诉与丈夫乙离婚,同时主张抚养小孩、分割房屋和存款。在诉讼过程中,双方当事人向法院主持下达成以下调解协议:解除婚姻关系、甲抚养小孩并分得房屋;乙分得存款及双方共同经营的杂货店;共同债务 2000 元由甲承担。下列哪些选项是错误的?

- A. 调解协议的内容超出诉讼请求范围,法院不应批准
- B. 除杂货店的分割,协议的其他内容法院应当批准
- C. 调解协议将债务约定由一人承担违法,法院不应批准
- D. 除债务承担部分,协议的其他内容法院应当批准

答案:ABCD。

解析:根据《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第 9~11 条规定:①调解协议内容超出诉讼请求的,人民法院可以准许。②调解协议约定一方不履行协议应当承担民事责任的,应予准许。③调解协议约定一方提供担保或者案外人同意为当事人提供担保的,人民法院应当准许。据此,得出 A、B、C 本身的说法是不正确的,为应选项。根据该规定第 12 条,D 本身的说法不正确,为应选项,所以本题正确答案是 ABCD。

2. (2006-3-86) 下列哪些民事案件法院不予调解?

- A. 适用公示催告程序的案件
- B. 请求确认婚姻无效的案件



答案：ABCD。

**解析：**根据《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第2条规定，对于有可能通过调解解决的民事案件，人民法院应当调解。但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件，婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不予调解。所以本题的正确选项是 ABCD。

### 重点法条

第九十二条 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。

人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

98. 人民法院依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。

103. 对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院。

109. 诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止。在诉讼过程中，需要解除保全措施的，人民法院应及时作出裁定，解除保全措施。

#### 《经济审判规定》

13. 人民法院对财产采取诉讼保全措施，一般应当由当事人提交符合法定条件的申请。只有在诉讼争议的财产有毁损、灭失等危险，或者有证据表明被申请人可能采取隐匿、转移、出卖其财产的，人民法院方可依职权裁定采取财产保全措施。

### 法条精解

本条是关于诉讼中的财产保全，需要掌握的有以下几点：

1. 适用诉讼中财产保全的前提：可能因一方当事人的行为或其他原因，使判决不能执行或难以执行的案件。

2. 诉讼中财产保全的启动：依当事人申请或在特定情形下人民法院依职权裁定。但是只有在诉讼争议的财产有毁损、灭失等危险，或者有证据表明被申请人可能采取隐匿、转移、出卖其财产的情况下，人民法院方可依职权裁定采取财产保全措施。

3. 人民法院依职权采取财产保全措施用裁定，对此裁定不能上诉。

4. 人民法院可以责令当事人提供担保，当事人不提供担保的，驳回申请。

5. 注意对申请的裁定和执行时间：人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在48小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

### 真题示例

1. (2008-3-87) A地甲公司与B地乙公司签订买卖合同，约定合同履行地在C地，乙到期未能交货。甲多次催货未果，便向B地基层法院起诉，要求判令乙按照合同约定交付货物，并支付违约金。法院受理后，甲得知乙将货物放置于其设在D地的仓库，并且随时可能转移。下列哪些选项是错误的？

A. 甲如果想申请财产保全，必须向货物所在地的D地基层法院提出

B. 甲如果要向法院申请财产保全，必须提供担保

C. 受诉法院如果认为确有必要，可以直接作出财产保全裁定

D. 法院受理甲的财产保全申请后，应当在48小时内作出财产保全裁定



答案：ABD。

解析：根据《民诉意见》第31条规定，诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请。但是对于诉讼中的财产保全，没有“向财产所在地法院申请”的限制，所以A的说法错误；根据《民事诉讼法》第92条规定，诉中财产保全不是必须提供担保，而是可以要求提供担保，B的说法错误；诉讼中的财产保全可以由当事人申请，也可以由法院依职权采取，C的说法正确。D中应当在48小时之内作出财产保全的裁定必须限定在“情况紧急的情况下”，如果不是紧急情况，则不必在48小时之内作出裁定，D的说法太绝对，错误，当选。本题正确答案是ABD。

2. (2006-3-90) 在民事诉讼中，法院对下列哪些事项可以不经当事人申请而作出处理？

- A. 诉讼中裁定财产保全
- B. 决定回避
- C. 裁定移送管辖
- D. 裁定先予执行

答案：ABC。

解析：根据《民事诉讼法》第92条第1款规定，A项是正确的。根据《最高人民法院关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第1条的规定，B项是正确的。根据《民事诉讼法》第36条规定，C项是正确的。根据《民事诉讼法》第97条的规定，D项不是正确选项。

## 重点法条

第九十三条 利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。

人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

申请人在人民法院采取保全措施后十五日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

31. 诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请。

在人民法院采取诉前财产保全后，申请人起诉的，可以向采取诉前财产保全的人民法院或者其他有管辖权的人民法院提起。

32. 当事人申请诉前财产保全后没有在法定的期间起诉，因而给被申请人造成财产损失引起诉讼的，由采取该财产保全措施的人民法院管辖。

### 《经济审判规定》

12. 人民法院采取诉前财产保全，必须由申请人提供相当于请求保全数额的担保。担保的条件，依法律规定；法律未作规定的，由人民法院审查决定。

## 法条精解

本条是关于诉前财产保全的规定，需要掌握以下几点：

1. 申请诉前财产保全的前提：情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的。
2. 诉前财产保全需由利害关系人申请，法院不能依职权作出。
3. 申请人需要提供担保，否则驳回申请。
4. 法院接受申请后做出裁定和执行的时间。与诉讼财产保全不同，作出裁定的时间没有“情况紧急”这一限制，必须都在48小时内作出裁定，而且必须立即执行。
5. 诉前财产保全由财产所在地的法院管辖。
6. 对抵押物、留置物可以采取保全措施，不影响权利人的优先受偿权。
7. 诉前财产保全的解除：申请人在人民法院采取保全措施后15日内不起诉的，人民法院应当解除。

## 真题示例

1. (2006-3-82) 根据法律规定，权利人或利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，可以在起诉前向法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。下列哪些行为可以申请采取该措施？



- A. 著作权人或者与著作权有关的权利人对于侵犯著作权的行为
- B. 专利权人或者利害关系人对于侵犯其专利权的行为
- C. 商标注册人或者利害关系人对于侵犯其注册商标专用权的行为
- D. 继承人对于侵犯其应继承财产的行为

答案：ABCD。

解析：《著作权法》第49条、《商标法》第57条、《专利法》第66条规定了保护知识产权的诉前临时措施，所以A项、B项、C项是正确的。根据《民事诉讼法》第93条规定，D项是正确的。

2. (2003-3-71) 关于民事诉讼财产保全制度，下列哪些说法是正确的？
- A. 诉前保全必须由当事人提出申请并提供担保，人民法院方可作出保全裁定
  - B. 财产保全申请确有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失
  - C. 财产保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物
  - D. 当事人对财产保全裁定不服的，可以申请复议一次

答案：ABCD。

解析：A正确，诉前保全的程序条件是必须由利害关系人向财产所在地的人民法院提出申请，并提供担保。B正确，人民法院根据申请人的申请而采取保全措施的，如果由于申请人的错误而导致被申请人因财产保全而受损失的，申请人应承担赔偿责任。C正确，财产保全限于请求的范围或与本案有关的财物。所谓请求的范围，是指保全的财产其价值与诉讼请求相当或与利害关系人的请求相当；与本案有关的财物，是指本案的标的物，可供将来执行法院判决的财物或利害关系人请求予以保全的财物。D正确，当事人不服人民法院财产保全裁定的，可以申请复议一次，复议期间不停止裁定的执行。

## 重点法条

第九十七条 人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：

- (一) 追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；
- (二) 追索劳动报酬的；
- (三) 因情况紧急需要先予执行的。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

106. 民事诉讼法规定的先予执行，人民法院应当在受理案件后终审判决作出前采取。先予执行应当限于当事人诉讼请求的范围，并以当事人的生活、生产经营的急需为限。

107. 民事诉讼法第九十七条第（三）项规定的紧急情况，包括：

- (1) 需要立即停止侵害、排除妨碍的；
- (2) 需要立即制止某项行为的；
- (3) 需要立即返还用于购置生产原料、生产工具货款的；
- (4) 追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。

#### 《经济审判规定》

16. 人民法院先予执行的裁定，应当由当事人提出书面申请，并经开庭审理后作出。在管辖权尚未确定的情况下，不得裁定先予执行。

## 法条精解

本条是关于先予执行的规定，对此，需要掌握以下几点：

- 1. 先予执行的适用前提：需要有当事人的申请，法院不得依职权适用。
- 2. 先予执行的适用阶段：人民法院应当在受理案件后终审判判决作出前采取。
- 3. 法院可以责令当事人提供担保，若当事人不提供的，则驳回申请。
- 4. 注意先予执行适用的四种情形：①需要立即停止侵害、排除妨碍的；②需要立即制止某项行为的；③需要立即返还用于购置生产原料、生产工具货款的；④追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。
- 5. 人民法院裁定采取财产保全措施后，除作出保全裁定的人民法院自行解除和其上级人民法院决定解除外，在财产保全期限内，任何单位都不得解除保全措施。





## 重点法条

第九十九条 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

110. 对当事人不服财产保全、先予执行裁定提出的复议申请，人民法院应及时审查。裁定正确的，通知驳回当事人的申请；裁定不当的，作出新的裁定变更或者撤销原裁定。

111. 人民法院先予执行后，依发生法律效力判决，申请人应当返还因先予执行所取得的利益的，适用民事诉讼法第二百一十四条的规定。

#### 《经济审判规定》

19. 受诉人民法院院长或者上级人民法院发现采取财产保全或者先予执行措施确有错误的，应当按照审判监督程序立即纠正。因申请错误造成被申请人损失的，由申请人予以赔偿；因人民法院依职权采取保全措施错误造成损失的，由人民法院依法予以赔偿。

## 法条精解

本条是关于财产保全与先予执行的权利救济措施，对此，掌握以下内容：

1. 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次；仅可申请复议一次；申请复议应向本级法院提出；复议期间不停止裁定的执行；受诉人民法院院长或者上级人民法院发现采取财产保全或者先予执行措施确有错误的，应当按照审判监督程序立即纠正。

2. 因申请错误造成被申请人损失的，由申请人予以赔偿；因人民法院依职权采取保全措施错误造成损失的，由人民法院依法予以赔偿。

## 重点法条

第一百条 人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

112. 民事诉讼法第一百条规定的必须到庭的被告，是指负有赡养、抚育、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。

给国家、集体或他人造成损害的未成年人的法定代理人，如其必须到庭，经两次传票传唤无正当理由拒不到庭的，也可以适用拘传。

113. 拘传必须用拘传票，并直接送达被拘传人；在拘传前，应向被拘传人说明拒不到庭的后果，经批评教育仍拒不到庭的，可拘传其到庭。

## 法条精解

本条是关于拘传适用的条件。具体为：①对象限于被告或被执行人，以及侵权的未成年人的法定代理人；②经两次传票传唤；③两次传唤均无正当理由而拒不到庭；④必须经院长批准；⑤应签发拘传票。

## 真题示例

(2007-3-38) 甲与乙系父子关系，甲起诉乙请求给付赡养费。法院确定开庭审理后，对甲和乙都进行了传票传唤。但法院开庭审理时，乙未到庭，也没有向法院说明理由。在这种情况下，法院如何处理？

A. 应延期审理

B. 应中止诉讼

C. 可以拘传乙到庭

D. 可以缺席判决

答案：A。

解析：根据《民事诉讼法》第100条规定，在本题中，乙是负有赡养义务的被告，所以属于必须到庭的被告，而乙经过法院两次传票传唤，无正当理由不到庭，可以拘传；但由于题干并没有说明传票传唤的次数，所以一般理解为只传唤了一次，此时，法院应该延期审理，继续对乙进行传票传唤，如果两次传唤之后，乙仍然不到庭，则可以拘传乙。通过以上分析，本题正确答案是A。



第一百零二条 诉讼参与人或者其他有下列情形之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；

（二）以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；

（三）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；

（四）对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；

（五）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；

（六）拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

123. 当事人有下列情形之一的，可以依照民事诉讼法第一百零二条第一款第（六）项的规定处理：

（1）在法律文书发生法律效力后隐藏、转移、变卖、毁损财产，造成人民法院无法执行的；

（2）以暴力、威胁或者其他方法妨碍或抗拒人民法院执行的；

（3）有履行能力而拒不执行人民法院发生法律效力的判决书、裁定书、调解书和支付令的。

124. 有关单位有下列情形之一的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百零二条的规定处理：

（1）擅自转移已被人民法院冻结的存款，或擅自解冻的；

（2）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员查询、冻结、划拨银行存款的；

（3）接到人民法院协助执行通知后，给当事人通风报信，协助其转移、隐匿财产的。

126. 依照民事诉讼法第一百零二条第一款第（六）项的规定，应当追究有关人员刑事责任的，由人民法院刑事审判庭直接受理并予以判决。

127. 依照民事诉讼法第一百零二条第（一）至（五）项和第一百零六条的规定，应当追究有关人员刑事责任的，依照刑事诉讼法的规定办理。

### 法条精解

注意对拒不执行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定采取的强制措施和刑事诉讼中不执行判决、裁定犯罪的区别。

### 真题示例

1. （2002-3-80）汪自强因遗产继承纠纷涉讼，汪为争夺遗产在诉讼过程中伪造遗嘱，指使他人提供伪证，法院认为汪的行为已构成犯罪。对汪的犯罪行为法院的下列哪些做法不符合有关司法解释？

A. 应将汪自强移交刑事审判庭处理

B. 直接由审理该案的审判组织予以审理

C. 应按刑事诉讼法的规定办理

D. 应由民事审判庭另行组成合议庭审理

答案：ABD。

解析：根据《民诉意见》第127条第1款规定，应当追究有关人员刑事责任的，依照刑事诉讼法的规定办理的规定，确定选项C是正确的，故答案应为ABD。

2. （2004-3-100）某省电视剧制作中心摄制的作品《星空》正式播出前，邻省的某音像公司制作了盗版光盘。制作中心发现后即向音像公司所在地的某区法院起诉，并在法院立案后，请求法院裁定音像公司停止生产光盘。音像公司在接到应诉通知书及停止生产光盘的裁定后，认为自己根本不是盗版，故继续生产光盘。

被告在法院作出停止生产光盘的裁定后仍继续生产，法院可如何处理：

A. 尽快判决被告败诉并开始执行

B. 采取强制执行措施

C. 对主要负责人或直接责任人员实施拘留

D. 对音像公司处以罚款



答案：BCD。

解析：根据《民诉意见》第254条，B对，依《民事诉讼法》第102条第1款第6项及该条第2款，C对，D对。

## 重点法条

第一百零三条 有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：

（一）有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的；

（二）银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助查询、冻结或者划拨存款的；

（三）有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行人的收入、办理有关财产权证照转移手续、转交有关票证、证照或者其他财产的；

（四）其他拒绝协助执行的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第一百零四条 对个人的罚款金额，为人民币一万元以下。对单位的罚款金额，为人民币一万元以上三十万元以下。

拘留的期限，为十五日以下。

被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

第一百零五条 拘传、罚款、拘留必须经院长批准。

拘传应当发拘传票。

罚款、拘留应当用决定书。对决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行。

## 法条精解

对于上述法律规定，必须重点把握以下知识点：

1. 掌握罚款、拘留的程序。①罚款数额与拘留期限，对个人的罚款金额，为人民币1万元以下。对单位的罚款金额，为人民币1万元以上30万元以下。拘留的期限，为15日以下。②罚款、拘留应当用决定书形式。③须经院长批准。④对罚款、拘留决定不服，可向上一级法院申请复议一次。

2. 此处的拘留与行政拘留、刑事拘留均不一样，最特殊之处在于可提前解除拘留。

## 真题示例

（2008-3-100）某省海兴市的《现代企业经营》杂志刊登了一篇自由撰稿人吕某所写的报道，内容涉及同省龙门市甲公司的经营方式。甲公司负责人汪某看到该篇文章后，认为《现代企业经营》作为一本全省范围内发行的杂志，其所发文章内容严重失实，损害了甲公司的名誉，使公司的经营受到影响。于是甲公司向法院起诉要求《现代企业经营》杂志社和吕某赔偿损失5万元，并进行赔礼道歉。一审法院仅判决杂志社赔偿甲公司3万元，未对“赔礼道歉”的请求进行处理。杂志社认为赔偿数额过高，不服一审判决提起上诉。

如果法院作出终审判决，杂志社赔偿甲公司1万元，并登报进行赔礼道歉。杂志社履行了赔偿义务，但拒绝赔礼道歉。如果甲公司要求法院强制执行，法院可以采取的措施有：

- A. 采取公告、登报等方式，将判决的主要内容公布于众，费用由报社承担
- B. 对报社负责人予以罚款、拘留
- C. 由报社支付迟延履行金
- D. 如果构成犯罪，可以追究报社负责人刑事责任

答案：ABCD。



**解析：**根据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第10条规定，A的说法正确，当选。根据《民事诉讼法》第229条规定，C正确，当选。根据《民事诉讼法》第102条规定。B和D的说法正确，当选。本题正确答案是ABCD。

## 重点法条

第一百零八条 起诉必须符合下列条件：

- (一) 原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；
- (二) 有明确的被告；
- (三) 有具体的诉讼请求和事实、理由；
- (四) 属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第一百一十二条 人民法院收到起诉状或者口头起诉，经审查，认为符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人；认为不符合起诉条件的，应当在七日内裁定不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

#### 《民诉意见》

151. 夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人用公告送达诉讼文书。

152. 赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理。

## 法条精解

务求掌握第108条起诉通过的四个条件，应注意：

1. 原告适格的条件是与本案有直接利害关系，对此应作正确理解。

原告属于民事诉讼当事人之一。民事诉讼当事人有狭义与广义之分。狭义的当事人仅指原告与被告，广义当事人包括原告、被告、第三人等。就大多数情形而言，当事人（包括原告）是发生争执的民事法律关系主体，是为了保护自身的权益参加诉讼的，与案件审理结果有直接的利害关系。但也有少数情形，当事人起诉或被诉，并非是由于他们本人的民事权益发生了纠纷，而是因为依据法律的规定对他人的民事权益负有照顾、保管之责。这些非实体权利义务主体成为当事人须有法律的特别规定。包括：①清算组织；②失踪人的财产代管人；③遗产管理人、遗嘱执行人；④为保护死者名誉权而起诉的死者的近亲属。

2. 第二个条件是规定“有明确的被告”而非“正确的被告”，注意二者的区别。

3. 第四个条件是符合受诉法院主管和管辖范围。主管不同于管辖的概念，它是指法院受理民事案件的权限，也就是确定法院与其他国家机关、社会团体之间解决民事纠纷的分工和权限。

## 真题示例

1. (四川2008-3-33) 1997年6月，刘某与张某离婚，法院判决2岁的儿子由刘某抚养，张某每月给付200元抚养费。2005年8月，刘某觉得每月200元的抚养费根本无法维持儿子的基本生活与学习，在与张某协商无果的情况下，刘某应当通过怎样的程序加以解决？

- A. 可以向法院申请再审，要求增加抚养费
- B. 可以向法院起诉，要求增加抚养费
- C. 可以向仲裁委员会申请仲裁，要求增加抚养费
- D. 可以向民政部门申请裁决，要求增加抚养费

**答案：**B。

**解析：**根据《民诉意见》第152条的规定，刘某与张某离婚时他们的儿子才两岁，用钱不多，到2005年8月，儿子已10多岁，200元的生活费无法维持儿子基本的生活与学习，即本案判决生效后有了新的情况和新理由，因此，当事人可以起诉，人民法院应当作为新案受理。

2. (2007-3-44) 甲与乙系夫妻关系，四年前乙下落不明。甲提起离婚之诉。对于该起诉，法院应如何处理？

- A. 法院应不予受理，并告知甲应当依照特别程序申请宣告乙死亡
- B. 法院应不予受理，并告知甲应先依照特别程序申请宣告乙为失踪人
- C. 法院应当受理，但在受理后应当裁定中止诉讼，并依照特别程序认定乙为失踪人后，再对离婚之诉





作出判决

D. 法院应当受理,并向乙公告送达有关的诉讼文书

答案: D。

解析: 本题直接考察了《民诉意见》第 151 条的规定。根据该条的规定,夫妻一方下落不明,另一方诉至人民法院,只要求离婚,不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件,人民法院应当受理,对下落不明人用公告送达诉讼文书。所以本题 D 是正确的。

重点法条

第一百一十条 起诉状应当记明下列事项:

- (一) 当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所,法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;
- (二) 诉讼请求和所根据的事实与理由;
- (三) 证据和证据来源,证人姓名和住所。

真题示例

(2009-3-44) 下列哪一选项不是民事起诉状的法定内容?

- A. 双方当事人的基本情况
- B. 案由
- C. 诉讼请求和所依据的事实与理由
- D. 证据和证据来源,证人姓名与住所

答案: B。

解析: 本题考察了民事起诉状的法定内容,根据《民事诉讼法》第 110 条的规定,可知该题的正确答案是 B。

重点法条

第一百一十一条 人民法院对符合本法第一百零八条的起诉,必须受理;对下列起诉,分别情形,予以处理:

- (一) 依照行政诉讼法的规定,属于行政诉讼受案范围的,告知原告提起行政诉讼;
- (二) 依照法律规定,双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的,告知原告向仲裁机构申请仲裁;
- (三) 依照法律规定,应当由其他机关处理的争议,告知原告向有关机关申请解决;
- (四) 对不属于本院管辖的案件,告知原告向有管辖权的人民法院起诉;
- (五) 对判决、裁定已经发生法律效力的案件,当事人又起诉的,告知原告按照申诉处理,但人民法院准许撤诉的裁定除外;
- (六) 依照法律规定,在一定期限内不得起诉的案件,在不得起诉的期限内起诉的,不予受理;
- (七) 判决不准离婚和调解和好的离婚案件,判决、调解维持收养关系的案件,没有新情况、新理由,原告在六个月内又起诉的,不予受理。

【关联法条】

《民诉意见》

139. 起诉不符合受理条件的,人民法院应当裁定不予受理。立案后发现起诉不符合受理条件的,裁定驳回起诉。

不予受理的裁定书由负责审查立案的审判员、书记员署名;驳回起诉的裁定书由负责审理该案的审判员、书记员署名。

141. 对本院没有管辖权的案件,告知原告向有管辖权的人民法院起诉;原告坚持起诉的,裁定不予受理;立案后发现本院没有管辖权的,应当将案件移送有管辖权的人民法院。

144. 当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后,当事人以同一诉讼请求再次起诉的,人民法院应予受理。原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件,没有新情况、新理由,六个月内又起诉的,可比照民事诉讼法第一百一十一条第(七)项的规定不予受理。

146. 当事人在仲裁条款或协议中选择的仲裁机构不存在,或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的,人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。

148. 当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

150. 判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，不受民事诉讼法第一百一十一条第（七）项规定的条件限制。

153. 当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

### 法条精解

1. 合同当事人在争议发生前或者发生后，就可以就争议的解决达成仲裁协议，系当事人真实意思表示，对当事人具有法律约束力，有效的书面仲裁条款或者仲裁协议具有排除人民法院司法管辖权的法律效力。

2. 依照宪法、人民法院组织法以及其他法律法规的规定，人民法院和其他国家机关的职权范围有着明确的分工，凡依法应当由其他机关处理的争议，人民法院无权处理。

3. 原告申请撤诉，只是其对诉讼权利的处分，并不意味着放弃实体权利。从诉讼程序上讲，人民法院用裁定方式准许原告的撤诉申请，仅意味着同意原告对自己诉讼权利的处分，当事人还可以同一事实和理由，就同一诉讼标的再次提起诉讼。

4. 依法在一定期限内不得起诉的案件，主要是指《中华人民共和国婚姻法》第34条以及《中华人民共和国妇女权益保障法》第45条的规定，女方在怀孕期间、分娩后1年内或者终止妊娠后6个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。

5. 婚姻关系、收养关系的基础是双方的感情，人民法院判决不准离婚、维持收养关系的案件或者调解和好的离婚案件、维持收养关系的案件，原告在没有新情况、新理由的情况下，在6个月内又起诉的，人民法院不予受理。这是为了给双方一段时间，以消除双方的隔阂，促进双方和好。原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，6个月内又起诉的，也不予受理。但是，如果在6个月内，双方有了新的冲突，感情进一步恶化，即有新情况、新理由，原告又起诉的，人民法院应当予以受理。没有新情况、新理由，原告在6个月后又起诉的，人民法院也应当予以受理。

### 真题示例

1. (2008-3-33) 依据《民事诉讼法》的规定，下列哪些案件法院应当受理？

A. 王某认为他的养子未尽赡养义务，于2005年2月向法院起诉，要求解除收养关系。法院经过调解，王某与其养子达成了维持收养关系的调解协议。2005年6月，王某又以同样的理由向法院起诉，要求解除收养关系

B. 何某1999年向陈某借款5万元，约定2001年8月还清，何某到期未还，陈某碍于情面也未向何某主张归还欠款。2005年3月，陈某受重伤，需大笔医疗费，于是向何某主张归还欠款，何某拒不归还。陈某于是向法院提起诉讼，要求何某归还欠款

C. 居住在甲省H县的李某与居住在甲省L县的张某因合同履行问题发生纠纷。双方在合同中订有仲裁条款，约定合同履行发生争议由甲省L县的L仲裁委员会仲裁，现李某向甲省L县人民法院起诉要求解决合同纠纷

D. 2004年11月，吴某向法院起诉要求解除与孟某的婚姻关系，法院经过审理，判决不准离婚。双方均未上诉。2005年月2月，孟某向法院提起诉讼，要求跟吴某离婚

答案：BCD。

解析：根据《民事诉讼法》第111条第7项的规定，A选项中的案件法院依法不予受理。根据《民诉意见》第153条规定，B选项中的陈某于2005年3月向法院起诉时虽然已经超过了诉讼时效期间，但是法院仍应当受理。根据《民诉意见》第146条规定，C选项中法院应当依法受理案件。根据《民诉意见》第150条规定，在D选项中，被告起诉离婚，符合该条的规定，因此法院应当受理。综上所述，本题的正确答案为BCD。

2. (2007-3-85) 根据我国民事诉讼法及相关司法解释的规定，法院作出的判决、裁定已经发生法律效力，当事人起诉，法院应予受理的有哪些？

A. 判决不准离婚，没有新情况、新理由，原告在6个月内起诉的

B. 原告撤诉后，没有新情况、新理由，原告又起诉的



C. 已过诉讼时效、法院判决驳回诉讼请求的

D. 追索赡养费案件的判决生效后,有新情况、新理由,当事人起诉要求增加赡养费的

答案:BD。

解析:根据《民事诉讼法》第111条第7项规定,A选项不能选。根据《民诉意见》第144条规定,选项B是正确的,应选。根据《民诉意见》第153条规定,在C选项中,案件超过诉讼时效且没有中止、中断、延长的事由,因此,再起诉,不予受理,C选项不符合题意,不应选。《民诉意见》第152条规定,D是正确的,应该选。

综上,本题正确答案是BD,但是司法部公布的正确选项是ABD,有待商榷。

## 重点法条

第一百二十条 人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开进行。

离婚案件,涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第一百三十四条 人民法院对公开审理或者不公开审理的案件,一律公开宣告判决。

当庭宣判的,应当在十日内发送判决书;定期宣判的,宣判后立即发给判决书。

宣告判决时,必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。

宣告离婚判决,必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。

## 法条精解

上述法条规定了不公开审理的两类情形(第120条):

1. 法定的不公开审理:涉及国家秘密、个人隐私及法律另有规定的三种情形。

2. 可以(而非应当)不公开审理:离婚、涉及商业秘密的两种情形,当事人申请不公开审理的。

## 真题示例

1. (2007-3-35) 关于民事诉讼中的公开审判制度,下列哪一选项是错误的?

A. 公开审判制度是指法院审理民事案件,除法律规定的情况外,审判过程及结果应当向群众、社会公开

B. 公开审判是指法院审理案件和宣告判决一律公开进行的制度

C. 涉及国家秘密的案件,属于法定不公开审理的案件

D. 离婚案件,属于当事人申请不公开审理,法院决定可以不公开审理的案件

答案:B。

解析:根据《民事诉讼法》第120条规定,选项ACD是正确的。根据《民事诉讼法》第134条规定,B选项的说法是错误的。

2. (2005-3-97) 李大民(男)与张小丽(女)于1998年登记结婚。1999年张小丽由于做生意亏损、夫妻感情恶化等原因,患精神病,丧失民事行为能力。2000年2月,李大民向某市河海区人民法院提起诉讼,请求判决与张小丽离婚。张小丽的母亲马雨霞作为张小丽的法定代理人参加了诉讼。

关于案件的审理是否公开,下列何种说法是正确的?

A. 依法只能公开审理

B. 依法只能不公开审理

C. 如果马雨霞申请不公开审理,可以不公开审理

D. 由双方协商决定是否公开审理

答案:C。

解析:根据《民事诉讼法》第120条的规定,选项A、B的说法过于绝对化。对于离婚案件,只有当事人申请的才可以不公开审理,并且由法院来决定是否公开审理,而不是由双方当事人协商决定的,因此,选项D错误。马雨霞作为张小丽的法定代理人,可以代理其申请不公开审理。如果马雨霞申请不公开审理,法院也可以不公开审理。因此,选项C是正确选项。



第一百二十九条 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理；被告反诉的，可以缺席判决。

第一百三十条 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

157. 无民事行为能力人的离婚诉讼，当事人的法定代理人应当到庭；法定代理人不能到庭的，人民法院应当在查清事实的基础上，依法作出判决。

158. 无民事行为能力的当事人的法定代理人，经传票传唤无正当理由拒不到庭的，如属原告方，可以比照民事诉讼法第一百二十九条的规定，按撤诉处理；如属被告方，可以比照民事诉讼法第一百三十条的规定，缺席判决。

### 法条精解

总结《民事诉讼法》及《民诉意见》的有关规定。

#### 1. 按撤诉处理的情形

(1) 原告或上诉人未按期交纳诉讼费用；

(2) 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭；

(3) 原告未经法庭许可中途退庭；

(4) 原告应预交而未预交案件受理费，人民法院公告其预交，公告后仍不交纳，或申请缓、减、免未获人民法院的批准仍不交纳诉讼费用的；

(5) 无民事行为能力的原告的法定代理人经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的；

(6) 有独立请求权的第三人经法院传票传唤无正当理由拒不到庭的，或未经法庭许可中途退庭的。

#### 2. 缺席判决的情形

(1) 原告不出庭或中途退庭，被告提出反诉的；

(2) 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或未经法院许可中途退庭的；

(3) 法院裁定不准撤诉，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的；

(4) 无民事行为能力的被告的法定代理人，经传票传唤无正当理由拒不到庭的；

(5) 在借贷案件中，债权人起诉时，债务人下落不明的，人民法院受理案件后公告传唤债务人应诉。公告期满债务人仍不应诉，借贷关系明确的，经审理后可缺席判决。在审理中债务人出走，下落不明，借贷关系明确的，可缺席判决。

缺席判决与对席判决具有同等法律效力。

### 真题示例

1. (2008-3-79) 关于对当事人及其法定代理人的缺席判决，下列哪些选项是正确的？

A. 原告经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理；被告反诉的，法院可以缺席判决

B. 无民事行为能力人离婚案件，当事人的法定代理人应当到庭，法定代理人不能到庭的，法院应当在查清事实的基础上，依法作出缺席判决

C. 有独立请求权第三人经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，法院可以缺席判决

D. 无独立请求权第三人经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，法院可以缺席判决

答案：ABD。

解析：根据《民事诉讼法》第129条的规定，A选项正确。根据《民诉意见》第158条规定，B选项也是正确的。对于C选项，有独立请求权的第三人在诉讼中的地位相当于原告，其无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭，可以比照《民事诉讼法》第129条的规定按照撤诉处理，所以选项C的说法





错误。对于无独立请求权的第三人，由于其没有独立的请求权，在诉讼中处于附属的地位，所以其无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。此时，法院当然可以缺席判决，所以 D 选项的说法正确。综上所述，本题正确答案是 ABD。

2. (2004-3-38) 蔡某出售伪劣奶粉，被消费者赵、钱、孙、李起诉，蔡某应诉答辩后突然失踪。对此法院应当如何处理？

- A. 中止诉讼
- B. 终结诉讼
- C. 延期审理
- D. 缺席判决

答案：D。

解析：本题直接根据《民事诉讼法》第 130 条规定的规定就可以得出正确答案。根据《民事诉讼法》第 130 条的规定，被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。据此，本题的正确答案为 D 选项。

### 重点法条

第一百三十一条 宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。  
人民法院裁定不准许撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

143. 原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获人民法院批准而仍不预交的，裁定按自动撤诉处理。

159. 有独立请求权的第三人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以对该第三人比照民事诉讼法第一百二十九条的规定，按撤诉处理。

160. 有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行进行。

161. 当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的，人民法院可以不准撤诉或者不按撤诉处理。

162. 无独立请求权的第三人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。人民法院判决承担民事责任的无独立请求权的第三人，有权提起上诉。

### 法条精解

1. 撤诉是当事人行使处分权的表现，分为申请撤诉与按撤诉处理两种情况。
2. 申请撤诉的条件是：
  - (1) 申请人限于原告、上诉人及其法定代理人，有独立请求权的第三人也可提出撤诉申请。
  - (2) 撤诉必须合法。撤诉申请的时间必须是在法院受理之后，宣告判决之前，且申请撤诉不得规避法律。
  - (3) 撤诉必须由人民法院作出，并且要以裁定的形式作出。
3. 有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉获准后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行开展。
4. 撤诉的法律后果有三，不论是申请撤诉还是按撤诉处理，其后果相同：
  - (1) 法院裁定准许的，会直接终结诉讼程序。
  - (2) 原告在诉讼时效期间内再次起诉的，人民法院应予受理。
  - (3) 诉讼费用由原告或上诉人（撤回上诉）负担。

### 真题示例

1. (2009-3-46) 齐某起诉宋某要求返还借款八万元，法院适用普通程序审理并向双方当事人送达出庭传票，因被告宋某不在家，宋某的妻子代其签收了传票。开庭时，被告宋某未到庭。经查，宋某已离家出走，下落不明。关于法院对本案的处理，下列哪一选项是正确的？

- A. 法院对本案可以进行缺席判决
- B. 法院应当对被告宋某重新适用公告方式送达传票



C. 法院应当通知宋某的妻子以诉讼代理人的身份参加诉讼

D. 法院应当裁定中止诉讼

答案：A。

**解析：**根据《民事诉讼法》第130条规定，A选项正确。送达诉讼文书，应当直接送交受送达人。受送达人是公民的，本人不在交他的同住成年家属签收，受送达人的同住成年家属，在送达回证上签收的日期为送达日期。根据题意，在开始送达时，没有说明此时被告已经下落不明，其妻子代收传票是可以的。所以选项B是错误的。对于C选项，法院没有通知宋某的妻子以诉讼代理人的身份参加诉讼的义务。因此，C选项错误。对于D选项，因为被告下落不明不属于中止诉讼的情况，所以是错误的。综上所述，本题答案为A选项。

2. (2004-3-77) 下列哪些民事诉讼案件法院不可以按撤诉处理？

A. 王某是有独立请求权的第三人，开庭审理过程中未经法庭许可中途退庭

B. 韩律师是原告的委托代理人，无正当理由拒不到庭

C. 张某是无独立请求权的第三人，无正当理由拒不到庭

D. 李某是被告的法定代理人，无正当理由拒不到庭

答案：BCD。

**解析：**有独立请求权的第三人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，对该第三人按撤诉处理。所以选项A不符合题意。委托代理人无正当理由拒不到庭的，不影响案件的审理，所以B选项符合题意。根据《民诉意见》第162条规定，C选项符合题意。根据《民诉意见》第158条的规定，D选项也是符合题意的。综上所述，本题的正确选项为BCD。

## 重点法条

第一百三十二条 有下列情形之一的，可以延期开庭审理：

(一) 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；

(二) 当事人临时提出回避申请的；

(三) 需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的；

(四) 其他应当延期的情形。

## 法条精解

1. 必须到庭的当事人和其他诉讼参与人，如果确因突然患病等正当理由没法到庭，审查证据、认定事实等就难以进行，这将影响人民法院正确裁判，因此，可以延期审理。

2. 根据民事诉讼法的规定，被申请回避的人员，在人民法院作出回避决定前，应当暂停参与本案的工作，如果被申请回避的人员不参加本案的工作，致使案件审理一时无法进行的，可以延期审理。

## 真题示例

(2009-3-85) 法院对于诉讼中有关情况的处理，下列哪些做法是正确的？

A. 甲起诉其子乙请求给付赡养费。开庭审理前，法院依法对甲、乙进行了传唤，但开庭时乙未到庭，也未向法院说明理由，法院裁定延期审理

B. 甲、乙人身损害赔偿一案，甲在前往法院的路上，胃病发作住院治疗，法院决定延期审理

C. 甲诉乙离婚案件，在案件审理中甲死亡，法院裁定按甲撤诉处理

D. 原告在诉讼中因车祸成为植物人，在原告法定代理人没有确定的期间，法院裁定中止诉讼

答案：BD。

**解析：**被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决，所以A选项属于缺席判决的情况，而非延期审理的情况。因此，A选项错误。根据《民事诉讼法》第137条规定，B选项中的当事人甲因胃病发作住院而无法出庭应诉的，属于有正当理由不能到庭的情况，法院决定延期审理没有错误。因此，B项正确。离婚案件一方当事人死亡的，终结诉讼，而非按撤诉处理的情况。因此，C项错误。一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的，诉讼中止。因此，D项正确。综上所述，本题的正确答案为BD。



第一百三十六条 有下列情形之一的，中止诉讼：

- (一) 一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；
- (二) 一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；
- (三) 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- (四) 一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；
- (五) 本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；
- (六) 其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

193. 在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

### 法条精解

1. 诉讼中出现某种无法克服和难以避免的特殊情况，使诉讼程序不能进行或者不宜进行，需要使诉讼程序暂时停止。

2. 需要等待继承人的情况仅发生在因财产关系发生争议的案件中，因身份关系提起的诉讼，不发生等待继承人参加诉讼的问题。

3. 当事人无诉讼行为能力就不能亲自行使诉讼权利，履行诉讼义务。在诉讼中，一方当事人丧失诉讼行为能力，这就需要根据民法通则的规定，确定监护人，由监护人作为法定代理人代为诉讼，确定法定代理人确有困难，需要较长时间的，可以中止诉讼。

4. 不可抗拒的事由是指因地震、洪水等自然灾害，或者战争等个人力量无法避免的情况。当事人因为这种重大变故，在较长的时间内不能参加诉讼的，可以中止诉讼。如果不可抗拒的事由，不是众所周知的事实，当事人应当向人民法院提出相关证明。

5. 有些民事案件非常复杂，案件之间的法律关系或者事实情况相互牵连。一个案件的事实认定或者法律适用，要以另一案件的审理结果为依据，否则，就可能出现两个案件事实矛盾，适用法律失当，出现矛盾的裁判。这不仅不利于保护当事人的合法权益，使已有纠纷更加复杂，还有损法院判决、裁定的严肃性。因此遇到这种情况就应当中止诉讼。

6. 人民法院在得知中止诉讼的原因消除后，应当及时恢复诉讼，自诉讼程序恢复之日，中止诉讼的裁定自行失效。诉讼程序恢复后，诉讼程序从中止前的状态继续前进，已经进行的一切诉讼行为对新出现的诉讼承担人具有约束力。

### 真题示例

1. (2008-3-34) 居民甲与金山房地产公司签订了购买商品房一套的合同，后因甲未按约定付款。金山公司起诉至法院，要求甲付清房款并承担违约责任。在诉讼中，甲的妻子乙向法院主张甲患有精神病，没有辨别行为的能力，要求法院认定购房合同无效。关于本案的说法，下列哪一选项是正确的？

- A. 法院应当通知甲的妻子作为法定诉讼代理人出庭进行诉讼
- B. 由乙或金山公司申请对甲进行鉴定，鉴定过程中，诉讼继续进行。
- C. 法院可以依职权决定对甲进行鉴定
- D. 乙或金山公司可以向法院申请认定甲为无民事行为能力人，法院应裁定诉讼中止

答案：D。

解析：根据《民诉意见》第193条的规定，在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。所以本题正确答案是D。

2. (2008-3-40) 法院对于诉讼中有关情况的处理，下列哪一做法是正确的？



A. 杨某与赵某损害赔偿一案，杨某在去往法院开庭的路上，突遇车祸，被送至医院急救。法院遂决定中止诉讼

B. 毛某与安某专利侵权纠纷一案，法庭审理过程中，发现需要重新进行鉴定，法院裁定延期审理

C. 甲公司诉乙公司合同纠纷一案，审理过程中，甲公司与其他公司合并，法院裁定诉讼终结

D. 丙公司诉丁公司租赁纠纷一案，法院审理中，发现本案必须以另一案的审理结果为依据，而该案又尚未审结，遂裁定诉讼中止

答案：D。

解析：根据《民事诉讼法》136 条的规定，选项 D 正确。诉讼中止，应该用“裁定”，而不是“决定”，所以 A 错误；延期审理应该用“决定”，而不是“裁定”，故 B 错误；企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人，因此 C 是错误的。综上所述，D 是正确的，当选。

### 重点法条

第一百三十七条 有下列情形之一的，终结诉讼：

（一）原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；

（二）被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；

（三）离婚案件一方当事人死亡的；

（四）追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

### 法条精解

1. 诉讼终结关系到另一方当事人的民事权益能否得到保护的问题，民事诉讼法明确规定了可以终结诉讼的四种情况，而没有作类似诉讼中止的兜底性条款规定，其意义在于对诉讼终结的适用，要求严格掌握，依法进行。

2. 人民法院决定案件诉讼终结，应当作出书面裁定。裁定应当由审判人员、书记员署名，并加盖人民法院印章，送达当事人。诉讼终结的裁定，一经作出即发生法律效力，当事人对该裁定，不得提起上诉。

### 真题示例

1. （2009-3-47）甲起诉与乙离婚，一审法院判决不予准许。甲不服一审判决提起上诉，在甲将上诉状递交原审法院后第三天，乙遇车祸死亡。此时，原审法院尚未将上诉状转交给二审法院。关于本案的处理，下列哪一选项是正确的？

A. 终结诉讼

B. 驳回上诉

C. 不予受理上诉

D. 中止诉讼

答案：A。

解析：《民事诉讼法》第 137 条规定，A 选项正确。但是官方公布答案为 D 选项，有待商榷。

2. （2006-3-38）甲、乙为夫妻，育有一女丙。甲向法院起诉要求与乙离婚，一审法院判决准予离婚，乙不服提起上诉。在二审中，乙因病去世。下列关于本案后续程序的哪一表述是正确的？

A. 因上诉人死亡无法到庭参加审理，应当视为撤回上诉

B. 法院可以根据上诉材料缺席判决

C. 法院应当通知其女儿丙参加诉讼

D. 法院应当裁定终结诉讼程序

答案：D。

解析：根据《民事诉讼法》第 137 条规定，选 D 是正确的。

### 重点法条

第一百四十二条 基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。

第一百四十六条 人民法院适用简易程序审理案件，应当在立案之日起三个月内审结。





**【关联法条】****《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》**

第一条 基层人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条规定审理简单的民事案件，适用本规定，但有下列情形之一的案件除外：

- (一) 起诉时被告下落不明的；
- (二) 发回重审的；
- (三) 共同诉讼中一方或者双方当事人人数众多的；
- (四) 法律规定应当适用特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序的；
- (五) 人民法院认为不宜适用简易程序进行审理的。

第二条 基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件，当事人各方自愿选择适用简易程序，经人民法院审查同意的，可以适用简易程序进行审理。

人民法院不得违当事人自愿原则，将普通程序转为简易程序。

第六条 原告起诉后，人民法院可以采取捎口信、电话、传真、电子邮件等简便方式随时传唤双方当事人、证人。

第十二条 适用简易程序审理的民事案件，当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据和申请证人出庭作证，应当在举证期限届满前提出，但其提出申请的期限不受《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十九条第一款、第五十四条第一款的限制。

第十三条 当事人一方或者双方就适用简易程序提出异议后，人民法院应当进行审查，并按下列情形分别处理：

(一) 异议成立的，应当将案件转入普通程序审理，并将合议庭的组成人员及相关事项以书面形式通知双方当事人；

(二) 异议不成立的，口头告知双方当事人，并将上述内容记入笔录。

转入普通程序审理的民事案件的审理期限自人民法院立案的次日起开始计算。

第十四条 下列民事案件，人民法院在开庭审理时应当先行调解：

- (一) 婚姻家庭纠纷和继承纠纷；
- (二) 劳务合同纠纷；
- (三) 交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；
- (四) 宅基地和相邻关系纠纷；
- (五) 合伙协议纠纷；
- (六) 诉讼标的额较小的纠纷。

但是根据案件的性质和当事人的实际情况不能调解或者显然没有调解必要的除外。

第十五条 调解达成协议并经审判人员审核后，双方当事人同意该调解协议经双方签名或者捺印生效的，该调解协议自双方签名或者捺印之日起发生法律效力。当事人要求摘录或者复制该调解协议的，应予准许。

调解协议符合前款规定的，人民法院应当另行制作民事调解书。调解协议生效后一方拒不履行的，另一方可以持民事调解书申请强制执行。

第十八条 以捎口信、电话、传真、电子邮件等形式发送的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据足以证明当事人已经收到的，人民法院不得将其作为按撤诉处理和缺席判决的根据。

第十九条 开庭前已经书面或者口头告知当事人诉讼权利义务，或者当事人各方均委托律师代理诉讼的，审判人员除告知当事人申请回避的权利外，可以不再告知当事人其他的诉讼权利义务。

第二十二条 当事人双方同时到基层人民法院请求解决简单的民事纠纷，但未协商举证期限，或者被告一方经简便方式传唤到庭的，当事人在开庭审理时要求当庭举证的，应予准许；当事人当庭举证有困难的，举证的期限由当事人协商决定，但最长不得超过十五日；协商不成的，由人民法院决定。

第二十三条 适用简易程序审理的民事案件，应当一次开庭审结，但人民法院认为确有必要再次开庭的除外。

第二十六条 审判人员在审理过程中发现案情复杂需要转为普通程序的，应当在审限届满前及时作出决定，并书面通知当事人。

第二十七条 适用简易程序审理的民事案件,除人民法院认为不宜当庭宣判的以外,应当当庭宣判。

第二十八条 当庭宣判的案件,除当事人当庭要求邮寄送达的以外,人民法院应当告知当事人或者诉讼代理人领取裁判文书的期间和地点以及逾期不领取的法律后果。上述情况,应当记入笔录。

人民法院已经告知当事人领取裁判文书的期间和地点的,当事人在指定期间内领取裁判文书之日即为送达之日;当事人在指定期间内未领取的,指定领取裁判文书期间届满之日即为送达之日,当事人的上诉期从人民法院指定领取裁判文书期间届满之日的次日起开始计算。

第二十九条 当事人因交通不便或者其他原因要求邮寄送达裁判文书的,人民法院可以按照当事人自己提供的送达地址邮寄送达。

人民法院根据当事人自己提供的送达地址邮寄送达的,邮件回执上注明收到或者退回之日即为送达之日,当事人的上诉期从邮件回执上注明收到或者退回之日的次日起开始计算。

第三十条 原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的,可以按撤诉处理;被告经传票传唤,无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的,人民法院可以根据原告的诉讼请求及双方已经提交给法庭的证据材料缺席判决。

按撤诉处理或者缺席判决的,人民法院可以按照当事人自己提供的送达地址将裁判文书送达给未到庭的当事人。

第三十一条 定期宣判的案件,定期宣判之日即为送达之日,当事人的上诉期自定期宣判的次日起开始计算。当事人在定期宣判的日期无正当理由未到庭的,不影响该裁判上诉期间的计算。

当事人确有正当理由不能到庭,并在定期宣判前已经告知人民法院的,人民法院可以按照当事人自己提供的送达地址将裁判文书送达给未到庭的当事人。

第三十二条 适用简易程序审理的民事案件,有下列情形之一的,人民法院在制作裁判文书时对认定事实或者判决理由部分可以适当简化:

(一) 当事人达成调解协议并需要制作民事调解书的;

(二) 一方当事人在诉讼过程中明确表示承认对方全部诉讼请求或者部分诉讼请求的;

(三) 当事人对案件事实没有争议或者争议不大的;

(四) 涉及个人隐私或者商业秘密的案件,当事人一方要求简化裁判文书中的相关内容,人民法院认为理由正当的;

(五) 当事人双方一致同意简化裁判文书的。

### 《民诉意见》

169. 起诉时被告下落不明的案件,不得适用简易程序审理。

170. 适用简易程序审理的案件,审理期限不得延长。在审理过程中,发现案情复杂,需要转为普通程序审理的,可以转为普通程序,由合议庭进行审理,并及时通知双方当事人。审理期限从立案的次日起计算。

171. 已经按照普通程序审理的案件,在审理过程中无论是否发生了情况变化,都不得改用简易程序审理。

174. 发回重审和按照审判监督程序再审的案件,不得适用简易程序审理。

## 法条精解

1. 简易程序只能适用于简单民事案件。简单民事案件是指“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件”。

(1) “事实清楚”,是指当事人所争议的民事法律关系发生变化的事实基本是清楚的,双方都能提出完整、可靠的证据,人民法院不需要进行大量的调查和取证工作,可以在全面审核当事人证据或者作少量调查工作后就能查清案件的事实,进行审理工作。

(2) “权利义务关系明确”,是指诉讼当事人之间的民事权利义务关系简单、清楚,双方争议的矛盾也比较明确,当事人之间的纠纷的形成和发展过程也不太复杂。

(3) “争议不大”,是指双方当事人对他们之间的法律关系的发展、变更或者消灭的法律事实,以及案件发生的原因、权利义务的归属等问题,都没有太大的争议。

2. 当事人双方均可以对适用简易程序提出异议。

3. 由简易程序转入普通程序审理的案件的审理期限不是另行起算,而是自人民法院立案之日起开始计算。





4. 简易程序中针对某些特定类型的案件, 人民法院应当先行调解, 也就是说在这些案件中调解是必经程序。

5. 简易程序中, 调解发生法律效力的时间比较特殊, 调解达成协议并经审判人员审核后, 双方当事人同意该调解协议经双方签名或者捺印生效的, 该调解协议自双方签名或者捺印之日起生效。

### 真题示例

1. (2008-3-46) 甲与乙因借款合同发生纠纷, 甲向某区法院提起诉讼, 法院受理案件后, 准备适用普通程序进行审理。甲为了能够尽快结案, 建议法院适用简易程序对案件进行审理, 乙也同意适用简易程序。下列哪一选项是正确的?

- A. 普通程序审理的案件不能适用简易程序, 因此, 法院不可同意适用简易程序
- B. 法院有权将普通程序审理转为简易程序, 因此, 甲、乙的意见无意义
- C. 甲、乙可以自愿协商选择适用简易程序, 无须经法院同意
- D. 甲、乙有权自愿选择适用简易程序, 但须经法院同意

答案: D。

解析: 《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第2条规定, 基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件, 当事人各方自愿选择适用简易程序, 经人民法院审查同意的, 可以适用简易程序进行审理。据此, 本题正确答案为D。

2. (2006-3-48) 下列哪种民事诉讼案件不能适用简易程序审理?

- A. 当事人协议不适用简易程序的案件
- B. 起诉时被告被监禁的案件
- C. 发回重审的案件
- D. 共同诉讼案件

答案: C。

解析: 根据《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第1条和《民诉意见》第174条规定, 本题选C是正确的。

3. (2004-3-75) 某大学陈教授在讲授民事诉讼法课程后, 要求学生归纳简易程序的法律特点, 某学生回答了下列几点, 你认为哪些是正确的?

- A. 当事人各方可以自愿选择适用简易程序
- B. 当事人可以就适用简易程序提出异议
- C. 适用简易程序审理案件, 通常应当一次开庭审结
- D. 适用简易程序审理案件, 通常应当当庭宣判

答案: ABCD。

解析: 根据《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》的相关规定, 基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件, 当事人各方自愿选择适用简易程序, 经人民法院审查同意的, 可以适用简易程序进行审理。人民法院不得违反当事人自愿原则, 将普通程序转为简易程序。据此本题的正确答案为ABCD。

4. (2004-3-76) 下列哪些民事案件适用简易程序进行诉讼, 人民法院在开庭审理时应当先行调解?

- A. 劳务合同纠纷
- B. 宅基地纠纷
- C. 著作权纠纷
- D. 继承纠纷

答案: ABD。

解析: 《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第14条的规定, 正确选项为ABD。

### 重点法条

第一百四十七条 当事人不服地方人民法院第一审判决的, 有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。

当事人不服地方人民法院第一审裁定的, 有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

#### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第一百四十八条 上诉应当递交上诉状。上诉状的内容, 应当包括当事人的姓名, 法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名; 原审人民法院名称、案件的编号和案由; 上

诉的请求和理由。

第一百四十九条 上诉状应当通过原审人民法院提出,并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。当事人直接向第二审人民法院上诉的,第二审人民法院应当在五日内将上诉状移交原审人民法院。

### 《民诉意见》

176. 双方当事人和第三人都提出上诉的,均为上诉人。

177. 必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的,按下列情况处理:

(1) 该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见,不涉及其他共同诉讼人利益的,对方当事人为被上诉人,未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明;

(2) 该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见,不涉及对方当事人利益的,未上诉的同一方当事人为被上诉人,对方当事人依原审诉讼地位列明;

(3) 该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的,未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

189. 在第二审程序中,作为当事人的法人或者其他组织分立的,人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人;合并的,将合并后的法人或者其他组织列为当事人。不必将案件发还原审人民法院重审。

### 法条精解

1. 这里规定了两种上诉方式:

(1) 一种是通过原审人民法院提出。这样规定便于当事人行使上诉权,也便于案件得到及时解决。这是提起上诉的主要方式。

(2) 另一种方式是直接向第二审人民法院上诉,这是给上诉人又一选择的方式。这是从保护当事人的上诉权出发作出的例外规定。

2. 享有上诉权的人包括:

(1) 第一审程序中的原告和被告;

(2) 有独立请求权第三人;

(3) 第一审程序中的共同诉讼人;

(4) 一审判决承担权利义务的无独立请求权第三人。

3. 上诉期限应以每个有上诉权的诉讼参加人各自收到判决书、裁定书后分别计算,任何一方均可在自己的上诉期内上诉,只有在所有有上诉权的诉讼参加人的上诉期限都届满而没有提起上诉的情况下,判决和裁定才发生法律效力。

4. 法人或者其他组织合并的或者分立的不必将案件发还原审人民法院重审。

### 真题示例

1. (2007-3-43) 甲在某报发表纪实报道,对明星乙和丙的关系作了富有想象力的描述。乙和丙以甲及报社共同侵害了他们的名誉权为由提起诉讼,要求甲及报社赔偿精神损失并公开赔礼道歉。一审判决甲向乙和丙赔偿1万元,报社赔偿3万元,并责令甲及报社在该报上书面道歉。报社提起上诉,请求二审法院改判甲和自己各承担2万元,以甲的名义在该报上书面道歉。二审法院如何确定当事人的地位?

A. 报社是上诉人,甲是被上诉人,乙和丙列为原审被告

B. 报社是上诉人,甲、乙、丙是被上诉人

C. 报社是上诉人,乙和丙是被上诉人,甲列为原审被告

D. 报社和甲是上诉人,乙和丙是被上诉人

答案:A。

解析:根据《民诉意见》第177条的规定,在本题中,甲和报社构成共同侵权,其地位为必要共同诉讼中的被告;报社提起上诉,仅仅是对其和甲之间的权利义务分担有意见,未涉及对方当事人乙和丙。因此,在本题中,报社是上诉人,甲是被上诉人,乙和丙依原审地位列明,A选项正确。但司法部给出的参考答案是B,值得商榷。

2. (2005-3-50) 四方公司与海通公司因合同纠纷进行诉讼,一审判决海通公司胜诉。四方公司不服,提起上诉。在第二审程序中,海通公司分立为海鸥公司和海洋公司。在此情况下,二审法院应如何





处理？

- A. 将案件发回原审法院重审
- B. 将海鸥公司和海洋公司列为共同诉讼人，进行调解，调解不成，发回重审
- C. 将海鸥公司和海洋公司列为共同诉讼人，进行调解或者判决，不必发回重审
- D. 仍将海通公司列为当事人，进行调解或者判决，执行程序中再裁定海鸥公司和海洋公司为被执行人

答案：C。

解析：根据《民诉意见》第189条的规定，在第二审程序中，作为当事人的法人或者其他组织分立的，人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人。不必将案件发回原审人民法院重审。故选项C为本题的正确选项。

### 重点法条

第一百五十一条 第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。

第一百五十二条 第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以径行判决、裁定。

第二审人民法院审理上诉案件，可以在本院进行，也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

#### 【关联法条】

##### 《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》

第三十五条 二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行，当事人没有提出请求的，不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。

第三十六条 被上诉人在答辩中要求变更或者补充第一审判决内容的，第二审人民法院可以不予审查。

##### 《民诉意见》

188. 第二审人民法院对下列上诉案件，可以依照民事诉讼法第一百五十二条的规定径行判决、裁定：①一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件；②当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件；③原审裁判认定事实清楚，但适用法律错误的案件；④原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决，需要发回重审的案件。

### 法条精解

重点把握以下内容：

1. 二审审理的范围：对上诉请求相关的事实和法律适用进行审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。

2. 二审人民法院可以径行判决、裁定的案件：①一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件；②当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件；③原审裁判认定事实清楚，但适用法律错误的案件；④原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决，需要发回重审的案件。

### 真题示例

(2002-3-71) 对下列哪些案件，二审人民法院可以采取书面审理方式运行作出判决？

- A. 被告在一审中提出了管辖权异议，一审法院驳回了被告的异议，被告不服提起上诉
- B. 二审法院对原告上诉请求审查后认为原告的请求明显不成立
- C. 被告在上诉时提交了其刚刚找到的合同原件
- D. 在一审中应当回避的人员没有回避

答案：ABD。

解析：根据《民诉意见》第188条的规定，本题的正确选项为ABD。

### 重点法条

第一百五十三条 第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

- (一) 原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；
- (二) 原判决适用法律错误的，依法改判；



(三) 原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清,证据不足,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;

(四) 原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。当事人对重审案件的判决、裁定,可以上诉。

第一百五十四条 第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件的处理,一律使用裁定。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

181. 第二审人民法院发现第一审人民法院有下列违反法定程序的情形之一,可能影响案件正确判决的,应依照民事诉讼法第一百五十三条第一款第(四)项的规定,裁定撤销原判,发回原审人民法院重审:

- (1) 审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避的;
- (2) 未经开庭审理而作出判决的;
- (3) 适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的;
- (4) 其他严重违反法定程序的。

人民法院依照第二审程序审理的案件,认为依法不应由人民法院受理的,可以由第二审人民法院直接裁定撤销原判,驳回起诉。

182. 对当事人在第一审中已经提出的诉讼请求,原审人民法院未作审理、判决的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解,调解不成的,发回重审。

183. 必须参加诉讼的当事人在第一审中未参加诉讼,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解,调解不成的,发回重审。发回重审的裁定书不列应当追加的当事人。

184. 在第二审程序中,原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的,第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解,调解不成的,告知当事人另行起诉。

185. 第一审判决不准离婚的案件,上诉后,第二审人民法院认为应当判决离婚的,可以根据当事人自愿的原则,与子女抚养、财产问题一并调解,调解不成的,发回重审。

187. 第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受理裁定有错误的,应在撤销原裁定的同时,指令第一审人民法院立案受理;查明第一审人民法院作出的驳回起诉裁定有错误的,应在撤销原裁定的同时,指令第一审人民法院进行审理。

### 法条精解

二审裁判的种类是司法考试的热点,应予重视。

1. 二审裁判可分为三种:

- (1) 驳回上诉,维持原判;
- (2) 依法改判;
- (3) 发回重审。注意《民诉意见》第181条所列情形。

2. 对一审裁定提起上诉的案件,二审一律使用裁定。二审裁判的效力体现在:

- (1) 不得对裁判再行上诉。
- (2) 不得就同一诉讼标的,以同一事实和理由重新起诉。但是,判决不准离婚、调解和好的离婚案件以及判决维持收养关系的案件,调解维持收养关系的案件除外。

(3) 具有强制执行力。

3. 努力识记二审的调解的若干具体规定(第155条及《民诉意见》第182条至第185条):

- (1) 二审中制作的调解书一经送达,即撤销了原审判决。
- (2) 对一审未作裁判的诉讼请求、未参加一审的当事人,二审均可调解,调解不成,应发回重审,而不得径行裁判。

(3) 二审中原告增加独立诉讼请求或被告反诉的,二审可予调解;调解不成应告知当事人另行起诉,而非发回重审。

(4) 一审判决不准离婚,二审认为应判离婚的,可就子女、财产问题一并调解;调解不成,应发回重审。

注意《民诉意见》第188条可径行裁判的情形。

二审的审限规定需注意,并与一审比较记忆。



1. (2009-3-45) 某借款纠纷案二审中, 双方达成调解协议, 被上诉人当场将欠款付清。关于被上诉人请求二审法院制作调解书, 下列哪一选项是正确的?

- A. 可以不制作调解书, 因为当事人之间的权利义务已经实现
- B. 可以不制作调解书, 因为本案属于法律规定可以不制作调解书的情形
- C. 应当制作调解书, 因为二审法院的调解结果除解决纠纷外, 还具有对一审法院的判决效力发生影响的功能
- D. 应当制作调解书, 因为被上诉人已经提出请求, 法院应当予以尊重

答案: C。

解析: 《民事诉讼法》第 155 条规定, 在二审程序中, 调解也是结案的方式之一。但需要明确的是, 在二审程序中达成调解协议的都应当制作调解书, 调解书应由审判员和书记员署名, 并加盖人民法院的印章。故本题的正确答案是选项 C。

2. (2005-3-43) 甲对乙提起财产损害赔偿之诉, 一审法院判决甲胜诉。乙不服, 提出上诉。二审法院发现丙是必须参加诉讼的共同诉讼人, 便追加其参加诉讼。但丙既不参加诉讼, 也不表示放弃权利。在此情况下, 二审法院应如何处理?

- A. 仍将其列为二审的当事人, 依法作出判决
- B. 仍将其列为二审的当事人, 可以缺席判决
- C. 不能将其列为二审的当事人, 但可直接根据上诉人的请求作出判决
- D. 不能将其列为二审的当事人, 可以裁定撤销原判决、发回原审法院重审

答案: D。

解析: 《民诉意见》第 183 条规定, 在本案中, 丙既不参加诉讼, 也不表示放弃权利, 是无法进行调解的, 属于调解不成, 发回重审的情形。因此, 选项 D 是正确选项。A、B 选项将丙列为当事人的处理方式, 剥夺了丙的审级利益, 因此, 是不正确的; C 选项中的根据上诉人的请求作出判决的处理方式违背了第 183 条的规定, 因此, 也是错误的。故本题的正确选项为 D。

3. (2006-3-39) 甲起诉乙支付货款。一审判决后, 乙提起上诉, 并提出产品质量存在问题, 要求甲赔偿损失。下列关于二审法院处理本案方式的哪一表述是正确的?

- A. 应当将双方的请求合并审理一并作出判决
- B. 应当将双方的请求合并进行调解, 调解不成的, 发回重审
- C. 应当将双方的请求合并进行调解, 调解不成的, 对赔偿损失的请求发回重审
- D. 应当将双方的请求合并进行调解, 调解不成的, 告知乙对赔偿损失的请求另行起诉

答案: D。

解析: 根据《民诉意见》第 184 条的规定, 本题的正确选项是 D 选项。

4. (2002-3-24) 陈国忠在安定庄有五间瓦房, 陈国忠的儿子陈良在外地工作, 1998 年陈国忠去世, 陈国忠的五间瓦房由其侄子陈治一家暂住。1999 年陈治未经陈良同意, 将房子卖给了同村的胡双龙, 陈良听说后立即将陈治告上法庭, 法院审理后判决陈治将卖房所得款项全部返还陈良, 陈治不服提起上诉。在上诉审过程中, 陈治提出反诉, 要求陈良返还其对房屋的修缮金; 向二审法院应当如何处理陈治的反诉?

- A. 应当将反诉与本诉一并审理、判决
- B. 直接将案件发回重审
- C. 可以对反诉进行调解, 调解不成发回重审
- D. 可以对反诉进行调解, 调解不成告知陈治另行起诉

答案: D。

解析: 根据《民诉意见》第 184 条规定, 可以判断出 D 选项正确。A 选项将本诉和反诉一并审理, 违背了当事人的审级利益; B、C 选项无论是直接发回重审还是调解后发回重审, 都不符合发回重审的情形。故本题的正确选项为 D。

5. (2006-3-42) 甲起诉乙请求离婚, 一审判决不准离婚, 甲不服提起上诉。二审法院审理后认为应当判决离婚。本案诉讼程序应当如何进行?

- A. 对离婚、子女抚养和财产问题一并进行调解, 调解不成的, 发回重审



- B. 直接改判离婚, 并对子女抚养和财产问题进行调解, 调解不成的, 将子女抚养和财产问题发回重审
- C. 直接改判离婚, 并对子女抚养和财产问题进行调解, 调解不成的, 子女抚养和财产问题另案处理
- D. 直接改判离婚, 子女抚养和财产问题一并判决

答案: A。

解析: 《民诉意见》第 185 条规定, 本题正确选项是 A 选项。

6. (2005-3-99) 李大民(男)与张小丽(女)于 1998 年登记结婚。1999 年张小丽由于做生意亏损、夫妻感情恶化等原因, 患精神病, 丧失民事行为能力。2000 年 2 月, 李大民向某市河海区人民法院提起诉讼, 请求判决与张小丽离婚。张小丽的母亲马雨霞作为张小丽的法定代理人参加了诉讼。假设一审法院判决不准许李大民与张小丽离婚, 李大民不服提起上诉, 二审法院审理后认为应当判决离婚, 在此情况下, 二审法院应如何处理?

- A. 直接依法改判离婚
- B. 只能将案件发回重审
- C. 可以根据当事人自愿的原则, 与子女抚养、财产问题一并调解, 调解不成, 发回重审
- D. 可以根据当事人自愿的原则, 与子女抚养、财产问题一并调解, 调解不成, 依法改判

答案: C。

解析: 根据《民诉意见》第 185 条, 在此案中, 一审法院判决不准李大民与张小丽离婚, 二审法院认为应当判决离婚, 可以根据当事人自愿的原则, 与子女抚养、财产问题一并调解, 调解不成, 发回重审。因此, 选项 C 正确, 选项 A、B、D 错误。

### 重点法条

第一百五十五条 第二审人民法院审理上诉案件, 可以进行调解。调解达成协议, 应当制作调解书, 由审判人员、书记员署名, 加盖人民法院印章。调解书送达后, 原审人民法院的判决即视为撤销。

### 法条精解

上诉案件, 可以进行调解, 调解达成协议, 应当制作调解书, 调解书送达后, 原审人民法院的判决即视为撤销。

### 重点法条

第一百五十六条 第二审人民法院判决宣告前, 上诉人申请撤回上诉的, 是否准许, 由第二审人民法院裁定。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

190. 在第二审程序中, 当事人申请撤回上诉, 人民法院经审查认为一审判决确有错误, 或者双方当事人串通损害国家和集体利益、社会公共利益及他人合法权益的, 不应准许。

191. 当事人在二审中达成和解协议的, 人民法院可以根据当事人的请求, 对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人; 因和解而申请撤诉, 经审查符合撤诉条件的, 人民法院应予准许。

### 法条精解

《民事诉讼法》第 156 条和《民诉意见》第 190 条、第 191 条对二审中的撤诉问题做出了规定。

1. 关于撤诉的决定权。二审法院判决宣告前, 上诉人申请撤回上诉的, 是否准许, 由第二审人民法院裁定。

2. 不准许撤诉的情形。在第二审程序中, 当事人申请撤回上诉, 人民法院经审查认为一审判决确有错误, 或者双方当事人串通损害国家和集体利益、社会公共利益及他人合法权益的, 不应准许。

3. 二审中因达成和解协议的申请撤诉的, 若符合撤诉的条件, 人民法院应当裁定允许撤诉。

### 真题示例

(2006-3-50) 李某诉赵某解除收养关系, 一审判决解除收养关系, 赵某不服提起上诉。二审中双方和解, 维持收养关系, 向法院申请撤诉。关于本案下列哪一表述是正确的?







- A. 二审法院应当准许当事人的撤诉申请
- B. 二审法院可以依当事人和解协议制作调解书, 送达双方当事人
- C. 二审法院可以直接改判
- D. 二审法院可以裁定撤销原判

答案: A。

解析: 根据《民诉意见》第 191 条的规定, 本题中, 二审双方和解, 维持收养关系, 向法院申请撤诉, 二审法院应当准许当事人的撤诉申请。所以选项 A 是正确的。

### 重点法条

第一百六十条 人民法院审理选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件和认定财产无主案件, 适用本章规定。本章没有规定的, 适用本法和和其他法律的有关规定。

第一百六十一条 依照本章程程序审理的案件, 实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件, 由审判员组成合议庭审理; 其他案件由审判员一人独任审理。

第一百六十二条 人民法院在依照本章程程序审理案件的过程中, 发现本案属于民事权益争议的, 应当裁定终结特别程序, 并告知利害关系人可以另行起诉。

第一百六十三条 人民法院适用特别程序审理的案件, 应当在立案之日起三十日内或者公告期满后三十日内审结。有特殊情况需要延长的, 由本院院长批准。但审理选民资格的案件除外。

### 法条精解

以上四个条文是关于特别程序的一般规定, 应重点掌握特别程序以下内容:

1. 《民事诉讼法》第 160 条规定了特别程序的适用范围, 总共包括四类案件: 选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件和认定财产无主案件。

2. 根据《民事诉讼法》第 161 条、第 162 条和第 163 条的规定, 可以总结出特别程序下列特点:

(1) 特别程序实行一审终审, 即一审判决宣告之时即发生法律效力。

(2) 一般实施独任制, 由审判员一人独任审理, 但是对于下列案件必须由审判员组成合议庭审理:

① 选民资格案; ② 其他重大、疑难案。注意一旦是需要合议庭, 则必须由审判员组成。

(3) 非讼性, 由于此类案件不属于民事权益争议, 没有相互对抗的当事人, 故不适用诉讼程序的法理。

(4) 审限较短。人民法院适用特别程序审理的案件, 应当在立案之日起 30 日内或者公告期满后 30 日内审结。有特殊情况需要延长的, 由本院院长批准。但审理选民资格的案件除外。

(5) 免交案件受理费。

3. 要特别注意对适用特别程序审理民事权益争议案件的处理。人民法院在依照本章程程序审理案件的过程中, 发现本案属于民事权益争议的, 应当裁定终结特别程序, 并告知利害关系人可以另行起诉。

### 重点法条

第一百六十四条 公民不服选举委员会对选民资格的申诉所作的处理决定, 可以在选举日的五日以前向选区所在地基层人民法院起诉。

第一百六十五条 人民法院受理选民资格案件后, 必须在选举日前审结。

审理时, 起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加。

人民法院的判决书, 应当在选举日前送达选举委员会和起诉人, 并通知有关公民。

### 法条精解

根据《民事诉讼法》第 164 条、第 165 条的规定:

1. 公民不服选举委员会对选民资格的申诉所作的处理决定, 有权起诉, 由选区所在地的基层人民法院管辖。

2. 对于选民资格案件的审理期限比较特殊, 必须要在选举日前审结。

3. 关于审理选民资格案件的诉讼参与人, 起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加案件的审理。

4. 其他注意事项。案件由相关公民在选举日5日以前向选区所在地基层人民法院起诉,案件的判决书要在选举日前送达选举委员会和起诉人,并通知有关公民。

### 真题示例

(2009-3-49) 在基层人大代表换届选举中,村民刘某发现选举委员会公布的选民名单中遗漏了同村村民张某的名字,遂向选举委员会提出申诉。选举委员会认为,刘某不是本案的利害关系人无权提起申诉,故驳回了刘某的申诉,刘某不服诉至法院。下列哪一选项是错误的?

- A. 张某、刘某和选举委员会的代表都必须参加诉讼
- B. 法院应该驳回刘某的起诉,因刘某与案件没有直接利害关系
- C. 选民资格案件关系到公民的重要政治权利,只能由审判员组成合议庭进行审理
- D. 法院对选民资格案件做出的判决是终审判决,当事人不得对此提起上诉

答案: B。

解析: 根据《民事诉讼法》第165条规定,在本案中,刘某是起诉人,张某是有关公民,另加上选举委员会的代表都必须参加诉讼。因此, A项表述正确。根据《民事诉讼法》第164条规定,在本案中,刘某是同村的合法公民,他有权对选举委员申诉的处理决定向法院提起诉讼。因此, B项表述错误,应选。依照特别程序审理的案件,实行一审终审。对于选民资格案件或者重大、疑难的案件,必须由审判员组成合议庭审理,其他案件则由审判员一人独任审理。因此,选民资格案件由审判员组成合议庭审理,且实行一审终审。故 CD选项表述正确。综上,本题的正确答案为 B选项。

### 重点法条

第一百六十六条 公民下落不明满二年,利害关系人申请宣告其失踪的,向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明失踪的事实、时间和请求,并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

第一百六十七条 公民下落不明满四年,或者因意外事故下落不明满二年,或者因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存,利害关系人申请宣告其死亡的,向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明下落不明的事实、时间和请求,并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

第一百六十八条 人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后,应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为三个月,宣告死亡的公告期间为一年。因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,宣告死亡的公告期间为三个月。

公告期间届满,人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认,作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

第一百六十九条 被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当作出新判决,撤销原判决。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

194. 宣告失踪或者宣告死亡案件,人民法院可以根据申请人的请求,清理下落不明人的财产,指定诉讼期间的财产管理人。公告期满后,人民法院判决宣告失踪的,应同时依照民法通则第二十一条第一款的规定指定失踪人的财产代管人。

195. 失踪人的财产代管人经人民法院指定后,代管人申请变更代管的,比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请有理的,裁定撤销申请人的代管人身份,同时另行指定财产代管人;申请无理的,裁定驳回申请。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的,人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉,并按普通程序进行审理。

196. 人民法院判决宣告公民失踪后,利害关系人向人民法院申请宣告失踪人死亡,从失踪的次日起满四年的,人民法院应当受理,宣告失踪的判决即是该公民失踪的证明,审理中仍应依照民事诉讼法第一百六十八条的规定进行公告。



上述法条对宣告失踪、宣告死亡做出了明确的规定。

1. 对于宣告失踪，应当注意把握以下几点内容：

(1) 根据《民事诉讼法》第166条的规定，宣告失踪的条件：①必须有公民下落不明满2年的事实；②必须是与下落不明的公民有利害关系的人提出申请；③必须以书面的形式提出。

(2) 宣告公民失踪案件的管辖法院：失踪人所在地的基层人民法院管辖。

(3) 人民法院受理宣告失踪案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为3个月。

(4) 公告期间届满，人民法院应当根据被宣告失踪的事实是否得到确认，作出宣告失踪的判决或者驳回申请的判决。

(5) 宣告失踪的法律后果：失踪人的财产代管人经人民法院指定后，代管人申请变更代管的，比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请有理的，裁定撤销申请人的代管人身份，同时另行指定财产代管人；申请无理的，裁定驳回申请。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉，并按普通程序进行审理。

(6) 宣告失踪判决的撤销：被宣告失踪的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。

2. 对于宣告死亡，应当注意把握以下几点内容：

(1) 宣告公民死亡案件的条件：①必须是公民离开自己的住所后生死不明；②必须达到法定的期限：公民下落不明满4年，或者因意外事故下落不明满2年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存；③必须由利害关系人提出申请。

(2) 宣告公民死亡案件的管辖法院，由下落不明人住所地基层人民法院管辖。

(3) 公告期间：人民法院受理宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。宣告死亡的公告期间为1年。因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期间为3个月。

(4) 公告期间届满，人民法院应当根据被宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

(5) 宣告公民死亡的法律后果，与公民自然死亡的法律后果基本相同。宣告死亡结束了以公民自己的住所地或经常居住地为活动中心所发生的民事法律关系，与其人身有关的民事权利义务关系也随之终结。

(6) 宣告死亡判决的撤销：被宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。

## 真题示例

1. (2007-3-82) 根据我国民事诉讼法的规定，下列哪些案件的审理程序中公告是必经的程序
- A. 甲在车祸中导致精神失常，其妻向法院申请要求认定甲为无民事行为能力人
- B. 2005年1月乙被冲入大海后一直杳无音信，2007年3月其妻向法院申请宣告乙死亡
- C. 丙拿一张5万元的支票到银行兑现，途中遗失，丙向银行所在地的区法院提出申请公示催告
- D. 某施工单位施工时挖出一个密封的金属盒，内藏一本宋代经书，该施工单位向法院申请认定经书及盒子为无主财产

答案：BCD。

解析：根据《民事诉讼法》第168条规定，B选项是正确的。认定公民无民事行为能力案件，民诉法并没有规定公告程序，因此A不能选。C项是公示催告案件，对于公示催告案件，人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在3日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于60日，据此C选项是正确的。D是认定财产无主案件，对于认定财产无主案件，人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满1年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有，所以D选项正确。综上，本题正确答案是BCD。

2. (2006-3-86) 下列哪些民事案件法院不予调解？

- A. 适用公示催告程序的案件
- B. 请求确认婚姻无效的案件
- C. 请求确认收养无效的案件
- D. 选民资格案件

答案：ABCD。



**解析：**对于有可能通过调解解决的民事案件，人民法院应当调解。但适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产还债程序的案件，婚姻关系、身份关系确认案件以及其他依案件性质不能进行调解的民事案件，人民法院不予调解。所以本题的正确选项是 ABCD。

## 重点法条

第一百七十条 申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的事实和根据。

第一百七十二条 人民法院审理认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，应当由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康状况许可的，还应当询问本人的意见。

人民法院经审理认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人；认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回。

第一百七十三条 人民法院根据被认定为无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者他的监护人的申请，证实该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原因已经消除的，应当作出新判决，撤销原判决。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

193. 在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

198. 被指定的监护人不服指定，应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。经审理，认为指定并无不当的，裁定驳回起诉；指定不当的，判决撤销指定，同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

## 法条精解

对于申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，把握以下内容：

### 1. 申请条件：

(1) 必须由近亲属或利害关系人提出申请；

(2) 必须采取书面形式。此外，在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

2. 管辖法院：由该公民住所地的基层人民法院管辖。

3. 案件的审理：人民法院审理认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，应当由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康状况许可的，还应当询问本人的意见。

4. 案件的判决：人民法院经审理认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人；认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回。认定公民为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的，还应当为其指定监护人。

被指定的监护人如果不服指定，应当在接到通知的次日起 30 日内向人民法院起诉。经审理，认为指定并无不当的，裁定驳回起诉；指定不当的，判决撤销指定，同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

5. 案件的撤销：如果被宣告为无民事行为能力人或限制民事行为能力人后，民事行为能力得到恢复，人民法院根据被认定为无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者他的监护人的申请，能够证实该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原因已经消除的，应当作出新判决，撤销原判决。

## 真题示例

(2002-3-25) 张文有一名表。某日，张文的好友李进看到了这块表，表示愿出价三万元购买，张文立即表示同意，双方签订了合同，约定李进分三次将钱在两个月内付清。两个月后，李进只付了一万元，





张文遂向法院起诉要求李进承担违约责任。在审理过程中，李进的父母来到法院称李进有间歇性精神病，签合同正处于发病状态，无法对自己的行为负责。同时李进的父母向法院申请宣告李进为限制民事行为能力人。对李进父母的申请，法院应如何处理？

- A. 应让李进的父母代理李进正在进行的诉讼
- B. 应对李进作法医鉴定，如果李进被确定有间歇性精神病，法院应当判决李进为限制民事行为能力人，同时宣布合同无效
- C. 应中止原诉讼，由李进的父母另行提起确认李进是限制民事行为能力人的特别程序
- D. 李进的父母不是本案当事人，其主张不应采纳

**答案：**C。

**解析：**本题考查了认定为限制行为能力人的特别程序与普通程序之间的关系。根据《民诉意见》第193条的规定，在本题中，案件审理过程中，李进的父母向法院申请宣告李进为限制民事行为能力人，法院应中止原诉讼，由李进的父母另行提起确认李进是限制民事行为能力人的特别程序。所以本题的正确选项为C选项。

**重点法条**

第一百七十四条 申请认定财产无主，由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。申请书应当写明财产的种类、数量以及要求认定财产无主的根据。

第一百七十五条 人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。

第一百七十六条 判决认定财产无主后，原财产所有人或者继承人出现，在民法通则规定的诉讼时效期间可以对财产提出请求，人民法院审查属实后，应当作出新判决，撤销原判决。

**【关联法条】**

**《民诉意见》**

197. 认定财产无主案件，公告期间有人对财产提出请求，人民法院应裁定终结特别程序，告知申请人另行起诉，适用普通程序审理。

**法条精解**

对于认定财产无主案件，把握以下几个知识点：

- 1. 申请人：认定财产无主案件，由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院申请。
- 2. 管辖法院：认定财产无主案件，应当向无主财产所在地的基层人民法院提出申请。
- 3. 公告：人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告，公告期间为1年。若在公告期间，有人对财产提出请求，人民法院应裁定终结特别程序，告知申请人另行起诉，适用普通程序审理。
- 4. 判决：公告满1年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。
- 5. 判决的撤销：判决认定财产无主后，原财产所有人或者继承人出现，在民法通则规定的诉讼时效期间可以对财产提出请求，人民法院审查属实后，应当作出新判决，撤销原判决。

**重点法条**

第一百七十七条 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

**【关联法条】**

**《民诉意见》**

199. 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，经审判委员会讨论决定再审的，应当裁定中止原判决、裁定的执行。

200. 最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，如果发现确有错误，应在提审或者指令下级人民法院再审的裁定中同时写明中止原判决、裁定的执行；情况紧急的，可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的人民法院，但



应在口头通知后十日内发出裁定书。

201. 按审判监督程序决定再审或提审的案件,由再审或提审的人民法院在作出新的判决、裁定中确定是否撤销、改变或者维持原判决、裁定;达成调解协议的,调解书送达后,原判决、裁定即视为撤销。

### 法条精解

本条规定了法院提起再审的情况,对于法院提起再审,要注意:

1. 提起再审的主体:①各级人民法院院长,其认为需要再审的,应当提交审判委员会讨论决定;②最高人民法院;③上级人民法院。

2. 提起再审的条件:①各级人民法院院长作为提起主体时,必须是对本院已经发生法律效力判决、裁定,发现确有错误,需要再审的;②最高人民法院作为提起主体时,必须是对地方各级人民法院已经发生法律效力判决、裁定,发现确有错误的;③上级人民法院作为提起主体时,必须是对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定,发现确有错误的。

3. 提起再审时的处理:①各级人民法院对于本院的判决决定再审的,应当裁定中止原判决、裁定的执行;②最高人民法院或上级人民法院在作出提审或指令再审的同时,应在裁定中同时写明中止原判决、裁定的执行;情况紧急的,可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的人民法院,但应在口头通知后10日内发出裁定书。

4. 在再审的过程中,达成调解协议的,调解书送达后,原判决、裁定即视为撤销。

### 真题示例

1. (2009-3-88) 林某诉张某房屋纠纷案,经某中级法院一审判决后,林某没有上诉,而是于收到判决书20日后,向省高级法院申请再审。期间,张某向中级法院申请执行判决。省高级法院经审查,认为一审判决确有错误,遂指令作出判决的中级法院再审。下列哪些说法是正确的?

- A. 高级法院指令再审的同时,应作出撤销原判决的裁定
- B. 中级法院再审时应作出撤销原判决的裁定
- C. 中级法院应裁定中止原裁判的执行
- D. 中级法院应适用一审程序再审该案

答案:CD。

解析:对于按照审判监督程序决定再审的案件,应当裁定中止原判决的执行,该裁定由院长署名,加盖人民法院印章。所以,A选项错误,C选项正确。根据《民诉意见》第201条规定,本案的处理方式不一定是裁定撤销原判决,也可能是改变或维持原判决。而且,如果在审理过程中达成了调解协议,再审案件可能以调解书的方式结案,此种情况下原判决自调解书送达后视为撤销,不需要作出撤销原判决的裁定。因此,B选项的说法是错误的。人民法院按照审判监督程序再审的案件,发生法律效力判决、裁定是由第一审法院作出的,按照第一审程序审理,所作的判决、裁定,当事人可以上诉;发生法律效力判决、裁定是由第二审法院作出的,按照第二审程序审理,所作的判决、裁定,是发生法律效力判决、裁定;上级人民法院按照审判监督程序提审的,按照第二审程序审理,所作的判决、裁定是发生法律效力判决、裁定。在本案中,原生效判决是中级法院按照一审程序作出的,应该按照一审程序进行审理。因此,D选项的说法是正确的。综上,本题的正确答案为CD。

2. (2003-3-68) 甲公司诉乙公司侵权一案,在市中级人民法院作出二审判决之后,甲公司新发现一重要证据,遂向省高级人民法院申请再审。省高级人民法院受理后,甲公司与乙公司达成了调解协议。在此情况下,下列哪些说法是错误的?

- A. 由省高级人民法院作出撤销原判决的裁定
- B. 由省高级人民法院制作调解书并注明撤销原判决
- C. 在当事人达成调解协议的同时,该判决自动撤销
- D. 制作调解书送达当事人双方后,该判决视为撤销

答案:ABC。

解析:调解是民事诉讼的一项基本原则,贯穿于诉讼的各个阶段,在审判监督程序中也同样适用。根据最高人民法院《民诉意见》第201条的规定,D选项的表述是正确的,A、B、C选项的表述是错误的。



第一百七十八条 当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

第一百七十九条 当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

- (一) 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- (二) 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；
- (三) 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- (四) 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的；
- (五) 对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；
- (六) 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- (七) 违反法律规定，管辖错误的；
- (八) 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；
- (九) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；
- (十) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；
- (十一) 未经传票传唤，缺席判决的；
- (十二) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；
- (十三) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定情形的，或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，人民法院应当再审。

第一百八十条 当事人申请再审的，应当提交再审申请书等材料。人民法院应当自收到再审申请书之日起五日内将再审申请书副本发送对方当事人。对方当事人应当自收到再审申请书副本之日起十五日内提交书面意见；不提交书面意见的，不影响人民法院审查。人民法院可以要求申请人和对方当事人补充有关材料，询问有关事项。

第一百八十一条 人民法院应当自收到再审申请书之日起三个月内审查，符合本法第一百七十九条规定情形之一的，裁定再审；不符合本法第一百七十九条规定的，裁定驳回申请。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

因当事人申请裁定再审的案件由中级人民法院以上的人民法院审理。最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件，由本院再审或者交其他人民法院再审，也可以交原审人民法院再审。

第一百八十二条 当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。

第一百八十三条 当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。

第一百八十四条 当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出；二年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，自知道或者应当知道之日起三个月内提出。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

204. 当事人对已经发生法律效力的调解书申请再审，适用民事诉讼法第一百八十二条的规定，应在该调解书发生法律效力后二年内提出。

205. 当事人可以向原审人民法院申请再审，也可以向上一级人民法院申请再审。向上一级人民法院申请再审的，上级人民法院经审查认为符合民事诉讼法第一百七十九条规定条件的，可以指令下级人民法院再审，也可以提审。

206. 人民法院接到当事人的再审申请后，应当进行审查。认为符合民事诉讼法第一百七十九条规定的，应当在立案后裁定中止原判决的执行，并及时通知双方当事人；认为不符合第一百七十九条规定的，用通知书驳回申请。

207. 按照督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件以及依照审判监督程序审理后



维持原判的案件，当事人不得申请再审。

208. 对不予受理、驳回起诉的裁定，当事人可以申请再审。

209. 当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中已分割的财产，人民法院应依照民事诉讼法第一百七十九条的规定进行审查，符合再审条件的，应立案审理；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。

210. 人民法院提审或按照第二审程序再审的案件，在审理中发现原一、二审判决违反法定程序的，可分别情况处理：

(1) 认为不符合民事诉讼法规定的受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉。

(2) 具有本意见第一百八十一条规定的违反法定程序的情况，可能影响案件正确判决、裁定的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

211. 依照审判监督程序再审的案件，人民法院发现原一、二审判决遗漏了应当参加的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

212. 民事诉讼法第一百八十四条中的二年为不变期间，自判决、裁定发生法律效力次日起计算。

## 法条精解

上述法条规定了当事人申请再审的情形，基于当事人诉权的申请再审，应注意掌握以下相关知识点：

1. 申请再审的范围：①已生效的调解书；②不予受理、驳回起诉的裁定；③已生效的判决、裁定。

2. 不得申请再审的情形：①已生效的解除婚姻的判决，不得申请再审，但对于财产分割问题可申请再审。应特别注意，离婚判决中未作处理的夫妻共同财产，应另行起诉。②按督促程序、公示催告程序审理的案件。③依审判监督程序审理后维持原判的案件。

3. 申请再审的方法，可以向上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

4. 申请再审的期限：当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出；2年后据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更，以及发现审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，自知道或者应当知道之日起3个月内提出。

要注意，此处的“2年”期限为不变期间，起算点是裁判生效的次日。

5. 对再审案件的处理，要视案件情形而定：①认为不符合受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉；②发现严重违反法定程序的，裁定撤销一、二审判决，发回原审法院重审。③发现原一、二审判决遗漏了应当参加的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

6. 最后要注意申请再审的事由，这些事由大多属于程序上的违法行为，注意记忆。

## 真题示例

1. (2008-3-35) 赵某与黄某因某项财产所有权发生争议，赵某向法院提起诉讼，经一、二审法院审理后，判决该项财产属赵某所有。此后，陈某得知此事，向二审法院反映其是该财产的共同所有人，并提供了相关证据。二审法院经审查，决定对此案进行再审。关于此案的说法，下列哪一选项是正确的？

- A. 陈某不是本案一、二审当事人，不能参加再审程序
- B. 二审法院可以直接通知陈某参加再审程序，并根据自愿原则进行调解，调解不成的，告知陈某另行起诉
- C. 二审法院可以直接通知陈某参加再审程序，并根据自愿原则进行调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审法院重审
- D. 二审法院只能裁定撤销一、二审判决，发回原审法院重审

答案：C。

解析：根据《民诉意见》第211条的规定，在本案中，陈某称其为财产的共同所有人，并提供了相关的证据，属于应当参加诉讼的当事人，因此，人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。故本题的正确答案是C。

2. (2006-3-49) 某省高级人民法院依照审判监督程序审理某案，发现张某是必须参加诉讼的当事人，而一、二审法院将其遗漏。在这种情况下该省高级人民法院应当如何处理？

- A. 可以通知张某参加诉讼，并进行调解，调解不成的，裁定撤销二审判决，发回二审法院重审





- B. 可以通知张某参加诉讼, 并进行调解, 调解不成的, 裁定撤销一、二审判决, 发回一审法院重审
- C. 应当直接裁定撤销二审判决, 发回二审法院重审
- D. 只能直接裁定撤销一、二审判决, 发回一审法院重审

答案: B。

解析: 根据《民诉意见》第 211 条规定, 在本案中, 张某是必须参加诉讼的当事人, 而一、二审法院将其遗漏, 根据本条可知, 可以根据当事人自愿的原则予以调解, 调解不成的, 裁定撤销一、二审判决, 发回原审人民法院重审。故 B 选项是正确选项。

## 重点法条

第一百八十五条 按照审判监督程序决定再审的案件, 裁定中止原判决的执行。裁定由院长署名, 加盖人民法院印章。

第一百八十六条 人民法院按照审判监督程序再审的案件, 发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的, 按照第一审程序审理, 所作的判决、裁定, 当事人可以上诉; 发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的, 按照第二审程序审理, 所作的判决、裁定, 是发生法律效力的判决、裁定; 上级人民法院按照审判监督程序提审的, 按照第二审程序审理, 所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件, 应当另行组成合议庭。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

202. 由第二审人民法院判决、裁定的案件, 上级人民法院需要指令再审的, 应当指令第二审人民法院再审。

## 法条精解

对于上述法条, 要着重把握以下几点内容:

1. 对于决定要按照审判监督程序再审的案件, 首先要裁定中止原判决的执行。
2. 人民法院审理再审案件, 应当另行组成合议庭。
3. 人民法院按照审判监督程序再审的案件, 要依照原审程序开展审理, 上级人民法院按照审判监督程序提审的, 按照第二审程序审理, 所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

## 真题示例

(2009-3-87) 甲公司诉乙公司合同纠纷案, 南山市 3 县法院进行了审理并作出驳回甲公司诉讼请求的判决, 甲公司未提出上诉。判决生效后, 甲公司因收集到新的证据申请再审。下列哪些选项是正确的?

- A. 甲公司应当向 3 县法院申请再审
- B. 甲公司应当向南山市中级法院申请再审
- C. 法院应当适用一审程序再审本案
- D. 法院应当适用二审程序再审本案

答案: BD。

解析: 根据《民事诉讼法》第 181 条第 2 款规定可知, 当事人申请再审的案件, 应向中级人民法院以上的人民法院申请再审。故 A 项错误, B 项正确。根据《民事诉讼法》第 186 条第 1 款规定, 在本案中, 再审是原一审法院的上级法院按照审判监督程序审理的情况, 应该按照第二审程序审理。因此, C 项错误, D 项正确。综上所述, 本题的正确答案为 BD。

## 重点法条

第一百八十七条 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 发现有本法第一百七十九条规定情形之一的, 应当提出抗诉。

地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定, 发现有本法第一百七十九条规定情形之一的, 应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件, 接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内作出再审的裁定; 有本法第一百七十九条第一款第(一)项至第(五)项规定情形之一的, 可以交下一级人民法院再审。

第一百八十九条 人民检察院决定对人民法院的判决、裁定提出抗诉的, 应当制作抗诉书。



## 法条精解

上述法条规定了检察院基于检察监督权的抗诉和再审程序,对此,应注意掌握以下几点:

1. 根据第187条的规定:①最高人民检察院对各级法院,包括最高人民法院的生效裁决,可以提出抗诉;②地方上级检察院对下级(不包括本级)人民法院的生效裁决,可以抗诉;③地方检察院需通过其上级检察院,始能对同级法院的生效裁决提起抗诉;④抗诉的理由和当事人申请再审的理由相同。

2. 对于接受抗诉的人民法院,若人民检察院提出抗诉的理由,属于179条第1款第1~5项规定的情形之一的,接受抗诉的人民法院可以交下一级人民法院再审。

3. 根据第190条的规定:人民检察院提出抗诉的案件,人民法院再审时,应当通知人民检察院派员出席法庭。

4. 人民检察院决定对人民法院的判决、裁定提出抗诉的,应当制作抗诉书。根据第188条的规定,只要检察院提出抗诉,人民法院应当在接到抗诉书之日起30日内作出再审裁定。此外,人民检察院提出抗诉无期间限制。

## 真题示例

1. (2005-3-37) 民事诉讼法规定,人民检察院有权对民事审判活动进行法律监督。下列哪一种情形属于人民检察院进行民事检察监督的范围?

A. 陪审员丁某审理合同纠纷案件的过程中接受当事人礼金1000元

B. 证人马某接受当事人礼金2000元并提出了对该当事人有利的证言

C. 法官周某就某仲裁案件向仲裁员提供了对该案件当事人红星公司有利的咨询意见,红星公司以咨询费名义付给周法官6000元

D. 法官陈某长期为某公司免费做法律顾问

答案:A。

解析:根据《民事诉讼法》第187条的规定,我国陪审员在执行陪审职务时,与审判员有同等的权利义务。因此,陪审员受贿也属于检察院通过民事抗诉进行民事检察监督的范围之内事项,选项A是应选选项。民事检察监督针对的主体是审判人员,证人不属于审判人员,其接受礼金的行为,不属于民事抗诉的范围,也不属于民事检察监督的范围,因此,选项B不是应选选项。对于法官周某和陈某,他们是民事检察监督所针对的主体,但是,他们的行为并不属于审理案件中的行为,因此,既不属于民事抗诉的范围,也不属于民事检察监督的范围,因此,选项C、D不是应选选项。

2. (2005-3-41) 某省甲市检察院根据某当事人的申诉,发现甲市中级人民法院作出的二审判决适用法律确有错误。在此情况下,甲市检察院应如何处理?

A. 只能告知当事人向法院申请再审

B. 向甲市中级人民法院提出抗诉

C. 向一审法院提出抗诉

D. 提请上一级检察院提出抗诉

答案:D。

解析:根据《民事诉讼法》第187条第2款规定,D选项的表述正确,B、C选项的表述错误。在我国,根据法律的规定,法院决定再审、当事人申请再审、检察院抗诉是审判监督程序的三种启动方式。对于当事人的申诉,检察院既可以告知当事人向法院申请再审,也可以由自己提出抗诉。A选项的表述过于绝对化,实际上是取消了检察院的抗诉权,因此是错误的。

## 重点法条

第一百九十一条 债权人请求债务人给付金钱、有价证券,符合下列条件的,可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令:

(一)债权人与债务人没有其他债务纠纷的;

(二)支付令能够送达债务人的。

申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。

第一百九十二条 债权人提出申请后,人民法院应当在五日内通知债权人是否受理。

第一百九十三条 人民法院受理申请后,经审查债权人提供的事实、证据,对债权债务关系明确、合



法的，应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。

债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。

债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

第一百九十四条 人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

215. 债权人向人民法院申请支付令，符合下列条件的，人民法院应予受理，并在收到申请后五日内通知债权人：

- (1) 请求给付金钱或汇票、本票、支票以及股票、债券、国库券、可转让的存款单等有价证券的；
- (2) 请求给付金钱或者有价证券已到期且数额确定，并写明了请求所根据的事实、证据的；
- (3) 债权人没有对待给付义务的；
- (4) 支付令能够送达债务人的。不符合上述条件的，通知不予受理。

216. 人民法院受理申请后，由审判员一人进行审查。经审查申请不成立的，应当在十五日内裁定驳回申请，该裁定不得上诉。

217. 在人民法院发出支付令前，申请人撤回申请的，应当裁定终结督促程序。

218. 债务人不在我国境内的，或者虽在我国境内但下落不明的，不适用督促程序。

支付令应记明以下事项：

- (1) 债权人、债务人姓名或名称等基本情况；
- (2) 债务人应当给付的金钱、有价证券的种类、数量；
- (3) 清偿债务或者提出异议的期限；
- (4) 债务人在法定期间不提出异议的法律后果。支付令由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

220. 向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。

221. 依照民事诉讼法第一百九十二条的规定，债务人在法定期间提出书面异议的，人民法院无须审查异议是否有理由，应当直接裁定终结督促程序。债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力。债务人的口头异议无效。

222. 民事诉讼法第一百九十一条驳回支付令申请的裁定书和第一百九十二条终结督促程序的裁定书，由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

223. 债务人在收到支付令后，不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。

224. 督促程序终结后，债权人起诉的，由有管辖权的人民法院受理。

225. 债权人向人民法院申请执行支付令的期限，适用民事诉讼法第二百一十九条的规定。

## 法条精解

上述法条集中对督促程序作出了明确规定：

1. 支付令的申请条件：①债权人申请给付的范围，仅限于请求给付金钱、有价证券；②请求给付金钱或有价证券已经到达偿付期且数额确定，并写明请求所根据的事实、证据；③债权人没有对等给付义务，即债权人与债务人没有其他债务纠纷；④支付令能够送达债务人，债务人不在我国境内的，或者虽在我国境内但下落不明的，不适用督促程序。

2. 申请支付令的方式：债权人申请支付令，必须向人民法院提交申请书。申请书应当记载下列内容：①债权人、债务人姓名或名称等基本情况；②债务人应当给付的金钱、有价证券的种类、数量；③清偿债务或者提出异议的期限；④债务人在法定期间不提出异议的法律后果。支付令由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

3. 申请支付令的效力：引起督促程序的发生，请求时效的中断，以及人民法院取得了管辖权。

4. 管辖法院：债权人有权向有管辖权的基层人民法院申请支付令，对此应作下列理解：①只能由基层人民法院管辖，中级人民法院没有管辖权；②由债务人住所地的基层人民法院管辖。

5. 支付令的效力：债务人应当自收到支付令之日起15日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。此外，债务人



在收到支付令后，不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。

6. 对支付令的异议：债务人提出异议的期间应当限于自收到支付令之日起15日内，提出异议的方式是向人民法院提出书面异议。

7. 支付令异议的效力：人民法院收到债务人提出的书面异议后，不进行实质性审查，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效。但是债权人可以提起诉讼，由有管辖权的人民法院受理。

### 真题示例

1. (2008-3-49) 甲公司向乙公司购买了5万元的苹果，甲公司因乙公司提供的苹果不符合约定为由拒绝付款。为此，乙公司向人民法院申请支付令，要求甲公司支付货款。在支付令异议期间，甲公司既不提出异议又不履行义务，而是向另一法院提起诉讼，要求退货。下列说法中哪一项是正确的？

- A. 甲公司的起诉行为使支付令失去效力
- B. 甲公司的起诉行为不能阻止支付令的效力
- C. 甲公司的起诉行为产生债务人异议的法律后果
- D. 甲公司起诉后，受理支付令申请的法院应裁定终结督促程序

答案：B。

解析：《民诉意见》第223条规定，债务人在收到支付令后，不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。在本题中，在支付令异议期间，甲公司既不提出异议又不履行义务，而是向另一法院提起诉讼，要求退货，并不影响支付令的效力。因此，本题的正确答案是B选项。

2. (2007-3-34) 对民事诉讼法规定的督促程序，下列哪一选项是正确的？

- A. 向债务人送达支付令时，债务人拒绝签收的，法院可以留置送达
- B. 向债务人送达支付令时法院发现债务人下落不明的，可以公告送达
- C. 支付令送达债务人之后，在法律规定的异议期间，支付令不具有法律效力
- D. 债务人对支付令提出异议，通常以书面的形式，但书写异议书有困难的，也可以口头提出

答案：A。

解析：《民诉意见》第220条规定，A选项的表述正确。根据《民诉意见》第218条的规定，B选项错误。根据《民事诉讼法》第194条的规定，在法律规定的异议期内，支付令作出后即具有法律效力。故选项C错误。根据《民诉意见》第221条的规定，债务人的口头异议无效。因此，异议不能口头提出，只能以书面形式提出。因此，D选项错误。

### 重点法条

第一百九十五条 按照规定可以背书转让的票据持有人，因票据被盗、遗失或者灭失，可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。依照法律规定可以申请公示催告的其他事项，适用本章规定。

申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

226. 《民事诉讼法》第一百九十五条规定的票据持有人，是指票据被盗、遗失或者灭失前的最后持有人。

### 法条精解

对上述法条的规定，应当注意把握以下几点内容：

- 1. 申请公示催告程序的适用范围：可以背书转让的汇票、本票、支票。
- 2. 申请原因：必须是可以背书转让的票据被盗、遗失或灭失，除此之外的原因，不能申请公示催告。
- 3. 管辖法院：公示催告程序由票据支付地的基层人民法院管辖。
- 4. 申请方式：应当向人民法院递交申请书，并写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。

### 重点法条

第一百九十八条 利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。人民法院收到利害关系人的申报





后,应当裁定终结公示催告程序,并通知申请人和支付人。

申请人或者申报人可以向人民法院起诉。

第一百九十九条 没有人申报的,人民法院应当根据申请人的申请,作出判决,宣告票据无效。判决应当公告,并通知支付人。自判决公告之日起,申请人有权向支付人请求支付。

第二百条 利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的,自知道或者应当知道判决公告之日起一年内,可以向作出判决的人民法院起诉。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

230. 利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的,人民法院应当裁定终结公示催告程序。利害关系人在申报期届满后,判决作出之前申报权利的,同样应裁定终结公示催告程序。

231. 利害关系人申报权利,人民法院应通知其向法院出示票据,并通知公示催告申请人在指定的期间察看该票据。公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的,人民法院应当裁定驳回利害关系人的申报。

232. 在申报权利的期间没有人申报的,或者申报被驳回的,公示催告申请人应自申报权利期间届满的次日起一个月内申请人民法院作出判决。逾期不申请判决的,终结公示催告程序。

适用公示催告程序审理案件,可由审判员一人独任审理;判决宣告票据无效的,应当组成合议庭审理。

### 法条精解

对上述法律规定,重点把握以下内容:

1. 利害关系人申报权利:①须在公示催告期间内申报权利;②利害关系人申报权利,人民法院只进行形式审查,例如察看公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据是否一致;③符合形式条件的申报,将导致公示催告程序的终结。

此外,利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的,自知道或者应当知道判决公告之日起1年内,可以向作出判决的人民法院起诉。

2. 除权判决的作出:

(1) 案件的审理,除权判决依公示催告申请人的申请作出,与公示催告程序可由审判员独任审理不同,除权判决必须由审判人员组成合议庭进行审理。

(2) 作出除权判决的条件:①在申报权利的期间没有人申报的,或者申报被驳回的;②公示催告申请人应在申报权利期间届满的次日起1个月内申请人民法院作出除权判决。

(3) 除权判决的效力:①原来的票据作废,②申请人可以依据除权判决,向票据义务人主张权利。

3. 除权判决的救济:利害关系人在除权判决作出后可以向作出判决的人民法院起诉。但是必须注意两个条件:①因正当理由不能在判决前向人民法院申报权利的;②期间:自知道或者应当知道判决公告之日起1年内。

### 真题示例

1. (2009-3-89) 甲公司因遗失汇票,向A市B区法院申请公示催告。在公示催告期间,乙公司向B区法院申报权利。关于本案,下列哪些说法是正确的?

A. 对乙公司的申报,法院只就申报的汇票与甲公司申请公示催告的汇票是否一致进行形式审查,不进行权利归属的实质审查

B. 乙公司申报权利时,法院应当组织双方当事人进行法庭调查与辩论

C. 乙公司申报权利时,法院应当组成合议庭审理

D. 乙公司申报权利成立时,法院应当裁定终结公示催告程序

答案:AD。

解析:根据《民诉意见》第231条的规定,人民法院仅对权利申报进行形式审查,不进行实质审查,所以A选项正确,B、C选项错误。利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的,人民法院应当裁定终结公示催告程序。利害关系人在申报期届满后、判决作出之前申报权利的,同样应裁定终结公示催告程序。因此,D选项正确。

2. (四川2008-3-43) 甲公司因遗失一张汇票向A县法院申请公示催告,在公示催告期满后,乙公



司向 A 县法院申报权利。经审查,乙公司的权利申报成立。法院应当如何处理此案?

- A. 法院应当直接判决汇票权利归乙公司享有
- B. 法院应当裁定将公示催告程序转为普通程序审理此案
- C. 因乙公司未能在公示催告期间届满前申报权利,法院应当作出除权判决
- D. 法院应当裁定终结公示催告程序

答案: D。

解析:《民诉意见》第 230 条规定,在本题中,乙公司在申报期满后,判决作出之前申报权利,符合该条规定的情形,所以法院应当裁定终结公示催告程序。故本题的正确答案为 D。

3. (2007-3-46) 甲的汇票遗失,向法院申请公示催告。公告期满后无人申报权利,甲申请法院作出了除权判决。后乙主张对该票据享有票据权利,只是因为客观原因而没能在判决前向法院申报权利。乙可以采取哪种法律对策?

- A. 申请法院撤销该除权判决
- B. 在知道或者应当知道判决公告之日起一年内,向作出除权判决的法院起诉
- C. 依照审判监督程序的规定,申请法院对该案件进行再审
- D. 在 2 年的诉讼时效期间之内,向作出除权判决的法院起诉

答案: B。

解析:根据《民事诉讼法》第 199 条和第 200 条规定,本题 B 选项是正确答案。

## 重点法条

第二百零一条 发生法律效力的民事判决、裁定,以及刑事判决、裁定中的财产部分,由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。

法律规定由人民法院执行的其他法律文书,由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

254. 强制执行的标的应当是财物或者行为。当事人拒绝履行发生法律效力的判决、裁定、调解书、支付令的,人民法院应向当事人发出执行通知。在执行通知指定的期间被执行人仍不履行的,应当强制执行。

255. 发生法律效力的支付令,由制作支付令的人民法院负责执行。

256. 民事诉讼法第二百零一条第二款规定的由人民法院执行的其他法律文书,包括仲裁裁决书、公证债权文书。

其他法律文书由被执行人住所地或者被执行人的财产所在地人民法院执行;当事人分别向上述人民法院申请执行的,由最先接受申请的人民法院执行。

#### 《执行规定》

2. 执行机构负责执行下列生效法律文书:

- (1) 人民法院民事、行政判决、裁定、调解书,民事制裁决定、支付令,以及刑事附带民事判决、裁定、调解书;
- (2) 依法应由人民法院执行的行政处罚决定、行政处理决定;
- (3) 我国仲裁机构作出的仲裁裁决和调解书;人民法院依据《中华人民共和国仲裁法》有关规定作出的财产保全和证据保全裁定;
- (4) 公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿债权、物品的债权文书;
- (5) 经人民法院裁定承认其效力的外国法院作出的判决、裁定,以及国外仲裁机构作出的仲裁裁决;
- (6) 法律规定由人民法院执行的其他法律文书。

3. 人民法院在审理民事、行政案件中作出的财产保全和先予执行裁定,由审理案件的审判庭负责执行。

4. 人民法庭审结的案件,由人民法庭负责执行。其中复杂、疑难或被执行人不在本法院辖区的案件,由执行机构负责执行。

10. 仲裁机构作出的国内仲裁裁决、公证机关依法赋予强制执行效力的公证债权文书,由被执行人住所地或被执行的财产所在地人民法院执行。

前款案件的级别管辖,参照各地法院受理诉讼案件的级别管辖的规定确定。





11. 在国内仲裁过程中,当事人申请财产保全,经仲裁机构提交人民法院的,由被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的基层人民法院裁定并执行;申请证据保全的,由证据所在地的基层人民法院裁定并执行。

12. 在涉外仲裁过程中,当事人申请财产保全,经仲裁机构提交人民法院的,由被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的中级人民法院裁定并执行;申请证据保全的,由证据所在地的中级人民法院裁定并执行。

13. 专利管理机关依法作出的处理决定和处罚决定,由被执行人住所地或财产所在地的省、自治区、直辖市有权受理专利纠纷案件的中级人民法院执行。

14. 国务院各部门、各省、自治区、直辖市人民政府和海关依照法律、法规作出的处理决定和处罚决定,由被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院执行。

15. 两个以上人民法院都有管辖权的,当事人可以向其中一个人民法院申请执行;当事人向两个以上人民法院申请执行的,由最先立案的人民法院管辖。

16. 人民法院之间因执行管辖权发生争议的,由双方协商解决;协商不成的,报请双方共同的上级人民法院指定管辖。

17. 基层人民法院和中级人民法院管辖的执行案件,因特殊情况需要由上级人民法院执行的,可以报请上级人民法院执行。

### 法条精解

1. 对于执行问题,应重点掌握两大制度:

(1) 执行的生效法律文书包括6项:①人民法院民事、行政判决、裁定、调解书,民事制裁决定、支付令,以及刑事附带民事判决、裁定、调解书;②依法应由人民法院执行的行政处罚决定、行政处理决定;③我国仲裁机构作出的仲裁裁决和调解书;人民法院依据《仲裁法》有关规定作出的财产保全和证据保全裁定;④公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿债权、物品的债权文书;⑤经人民法院裁定承认其效力的外国法院作出的判决、裁定,以及国外仲裁机构作出的仲裁裁决;⑥法律规定由人民法院执行的其他法律文书。

要尤其注意第④项的规定。

(2) 关于执行管辖法院,要注意从以下几方面掌握:①法院的裁决文书,由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。②其他法律文书,原则上由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行(地域管辖)。

2. 至于级别管辖,重点参见《执行规定》第10条至第15条的具体规定,尤其是第12条至第14条的规定。

### 真题示例

1. (2008-3-85) 关于现行民事执行制度,下列哪些选项是正确的?

A. 发生法律效力的判决的执行法院,包括案件的第一审法院和与第一审法院同级的被执行财产所在地的法院

B. 案外人对执行标的的异议的裁定不服的,可以根据执行标的的不同情况,选择提起诉讼或通过审判监督程序进行救济

C. 申请执行人与被申请执行人达成和解协议的,在和解协议履行期间,执行程序终结

D. 申请执行的期限因申请人与被申请人为自然人或法人而不同

答案: AB。

解析: 根据《民事诉讼法》第201条规定, A的说法正确,当选。根据《民事诉讼法》第204条规定, B的说法正确,当选。根据《民事诉讼法》第207条和《民诉意见》第266条规定, 在执行过程中, 当事人双方达成和解协议, 并不必然终结执行程序, 只有当双方当事人按照和解协议完全履行完毕了, 才能终结执行程序, C的说法错误, 不当选。根据《民事诉讼法》第215条规定, D的说法错误, 不当选。

2. (2005-3-72) 下列哪些文书可以作为民事执行根据?

A. 法院按督促程序发出的支付令

B. 行政判决书

C. 刑事附带民事判决书

D. 公证机关依法赋予强制执行效力的关于追偿债款的债权文书

答案：ABCD。

解析：根据《执行规定》第2条，A、B、C、D选项正确。

### 重点法条

第二百零二条 当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

### 法条精解

本条是新增规定。关于执行异议，主要把握以下几点：

1. 提出执行异议的主体：当事人、利害关系人。
2. 提出执行异议的方式：必须以书面的形式提出异议。
3. 受理执行异议的法院：负责执行的人民法院。
4. 提出执行异议的条件：执行行为违反法律规定。

### 重点法条

第二百零四条 执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

257. 民事诉讼法第二百零四条规定的中止执行，应当限于案外人依该条规定提出异议部分的财产范围。对被执行人的其他财产，不应中止执行。异议理由不成立的，通知驳回。

#### 《执行规定》

71. 对案外人提出的异议，执行法院应当依照民事诉讼法第二百零八条的规定进行审查。

审查期间可以对财产采取查封、扣押、冻结等保全措施，但不得进行处分。正在实施的处分措施应当停止。

经审查认为案外人的异议理由不成立的，裁定驳回其异议，继续执行。

72. 案外人提出异议的执行标的物是法律文书指定交付的特定物，经审查认为案外人的异议成立的，报经院长批准，裁定对生效法律文书中该内容中止执行。

73. 执行标的物不属生效法律文书指定交付的特定物，经审查认为案外人的异议成立的，报经院长批准，停止对该标的物的执行。已经采取的执行措施应当裁定立即解除或撤销，并将该标的物交还案外人。

74. 对案外人提出的异议一时难以确定是否成立，案外人已提供确实有效的担保的，可以解除查封、扣押措施。申请执行人提供确实有效的担保的，可以继续执行。因提供担保而解除查封扣押或继续执行有错误，给对方造成损失的，应裁定以担保的财产予以赔偿。

75. 执行上级人民法院的法律文书遇有本规定七十二规定的条规定的情形的，或执行的财产是上级人民法院裁定保全的财产时遇有本规定七十三条、七十四条规定的情形的，需报经上级人民法院批准。

126. 执行中发现两地法院或人民法院与仲裁机构就同一法律关系作出不同裁判内容的法律文书的，各有关法院应当立即停止执行，报请共同的上级法院处理。

127. 上级法院协调处理有关执行争议案件，认为必要时，可以决定将有关款项划到本院指定的账户。

128. 上级法院协调下级法院之间的执行争议所作出的处理决定，有关法院必须执行。

#### 《执行解释》

第一条 申请执行人向被执行的财产所在地人民法院申请执行的，应当提供该人民法院辖区有可供执行财产的证明材料。







第二条 对两个以上人民法院都有管辖权的执行案件，人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已经立案的，不得重复立案。

立案后发现其他有管辖权的人民法院已经立案的，应当撤销案件；已经采取执行措施的，应当将控制的财产交先立案的执行法院处理。

第三条 人民法院受理执行申请后，当事人对管辖权有异议的，应当自收到执行通知书之日起十日内提出。

人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，应当撤销执行案件，并告知当事人向有管辖权的人民法院申请执行；异议不成立的，裁定驳回。当事人对裁定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。

管辖权异议审查和复议期间，不停止执行。

第四条 对人民法院采取财产保全措施的案件，申请执行人向采取保全措施的人民法院以外的其他有管辖权的人民法院申请执行的，采取保全措施的人民法院应当将保全的财产交执行法院处理。

第五条 执行过程中，当事人、利害关系人认为执行法院的执行行为违反法律规定的，可以依照民事诉讼法第二百零二条的规定提出异议。

执行法院审查处理执行异议，应当自收到书面异议之日起十五日内作出裁定。

第六条 当事人、利害关系人依照民事诉讼法第二百零二条规定申请复议的，应当采取书面形式。

第七条 当事人、利害关系人申请复议的书面材料，可以通过执行法院转交，也可以直接向执行法院的上一级人民法院提交。

执行法院收到复议申请后，应当在五日内将复议所需的案卷材料报送上一级人民法院；上一级人民法院收到复议申请后，应当通知执行法院在五日内报送复议所需的案卷材料。

第八条 上一级人民法院对当事人、利害关系人的复议申请，应当组成合议庭进行审查。

第九条 当事人、利害关系人依照民事诉讼法第二百零二条规定申请复议的，上一级人民法院应当自收到复议申请之日起三十日内审查完毕，并作出裁定。有特殊情况需要延长的，经本院院长批准，可以延长，延长的期限不得超过三十日。

第十条 执行异议审查和复议期间，不停止执行。

被执行人、利害关系人提供充分、有效的担保请求停止相应处分措施的，人民法院可以准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。

第十一条 依照民事诉讼法第二百零三条的规定，有下列情形之一的，上一级人民法院可以根据申请执行人的申请，责令执行法院限期执行或者变更执行法院：

（一）债权人申请执行时被执行人有可供执行的财产，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月对该财产未执行完结的；

（二）执行过程中发现被执行人可供执行的财产，执行法院自发现财产之日起超过六个月对该财产未执行完结的；

（三）对法律文书确定的行为义务的执行，执行法院自收到申请执行书之日起超过六个月未依法采取相应执行措施的；

（四）其他有条件执行超过六个月未执行的。

第十二条 上一级人民法院依照民事诉讼法第二百零三条规定责令执行法院限期执行的，应当向其发出督促执行令，并将有关情况书面通知申请执行人。

上一级人民法院决定由本院执行或者指令本辖区其他人民法院执行的，应当作出裁定，送达当事人并通知有关人民法院。

第十三条 上一级人民法院责令执行法院限期执行，执行法院在指定期间内无正当理由仍未执行完结的，上一级人民法院应当裁定由本院执行或者指令本辖区其他人民法院执行。

第十四条 民事诉讼法第二百零三条规定的六个月期间，不应当计算执行中的公告期间、鉴定评估期间、管辖争议处理期间、执行争议协调期间、暂缓执行期间以及中止执行期间。

第十五条 案外人对执行标的主张所有权或者其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利的，可以依照民事诉讼法第二百零四条的规定，向执行法院提出异议。

第十六条 案外人异议审查期间，人民法院不得对执行标的进行处分。

案外人向人民法院提供充分、有效的担保请求解除对异议标的查封、扣押、冻结的，人民法院可以

准许；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。

因案外人提供担保解除查封、扣押、冻结有错误，致使该标的无法执行的，人民法院可以直接执行担保财产；申请执行人提供担保请求继续执行有错误，给对方造成损失的，应当予以赔偿。

**第十七条** 案外人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼，对执行标的主张实体权利，并请求对执行标的停止执行的，应当以申请执行人为被告；被执行人反对案外人对执行标的所主张的实体权利的，应当以申请执行人和被执行人为共同被告。

**第十八条** 案外人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼的，由执行法院管辖。

**第十九条** 案外人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼的，执行法院应当依照诉讼程序审理。经审理，理由不成立的，判决驳回其诉讼请求；理由成立的，根据案外人的诉讼请求作出相应的裁判。

**第二十条** 案外人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼的，诉讼期间，不停止执行。

案外人的诉讼请求确有理由或者提供充分、有效的担保请求停止执行的，可以裁定停止对执行标的进行处分；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。

案外人请求停止执行、请求解除查封、扣押、冻结或者申请执行人请求继续执行有错误，给对方造成损失的，应当予以赔偿。

**第二十一条** 申请执行人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼，请求对执行标的许可执行的，应当以案外人为被告；被执行人反对申请执行人请求的，应当以案外人和被执行人为共同被告。

**第二十二条** 申请执行人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼的，由执行法院管辖。

**第二十三条** 人民法院依照民事诉讼法第二百零四条规定裁定对异议标的中止执行后，申请执行人自裁定送达之日起十五日内未提起诉讼的，人民法院应当裁定解除已经采取的执行措施。

**第二十四条** 申请执行人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼的，执行法院应当依照诉讼程序审理。经审理，理由不成立的，判决驳回其诉讼请求；理由成立的，根据申请执行人的诉讼请求作出相应的裁判。

**第二十五条** 多个债权人对同一被执行人申请执行或者对执行财产申请参与分配的，执行法院应当制作财产分配方案，并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的，应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

**第二十六条** 债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院应当通知未提出异议的债权人或被执行人。

未提出异议的债权人、被执行人收到通知之日起十五日内未提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配；提出反对意见的，应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼；异议人逾期未提起诉讼的，执行法院依原分配方案进行分配。

诉讼期间进行分配的，执行法院应当将与争议债权数额相应的款项予以提存。

## 法条精解

本条对案外人异议做出了规定：

1. 实体上的异议，执行人员无权审查，由人民法院审查。
2. 明确规定了人民法院应当在收到书面异议之日起15日内审查。
3. 案外人对裁定不服的，如果认为原判决、裁定错误的可申请再审；如果认为原判决、裁定错误的可申请再审；如果与原判决、裁定无关的可以起诉。
4. 了解本条关于案外人对执行标的异议的不同处理：①理由不成立，予以驳回；②理由成立，裁定中止执行；③发现裁决错误的，引发审判监督程序；④原判决、裁定无关的，引发诉讼程序。

## 重点法条

**第二百零五条** 执行工作由执行员进行。

采取强制执行措施时，执行员应当出示证件。执行完毕后，应当将执行情况制作笔录，由在场的有关人员签名或者盖章。

人民法院根据需要可以设立执行机构。



## 【关联法条】

### 《民诉意见》

258. 执行员在执行本院的判决、裁定和调解书时，发现确有错误的，应当提出书面意见，报请院长审查处理。在执行上级人民法院的判决、裁定和调解书时，发现确有错误的，可提出书面意见，经院长批准，函请上级人民法院审查处理。

### 《执行规定》

1. 人民法院根据需要，依据有关法律的规定，设立执行机构，专门负责执行工作。
  5. 执行程序中重大事项的办理，应由三名以上执行员讨论，并报经院长批准。
  6. 依据民事诉讼法第二百一十七条或第二百六十条的规定对仲裁裁决是否有不予执行事由进行审查的，应组成合议庭进行。
  7. 执行机构应配备必要的交通工具、通讯设备、音像设备和警械用具等，以保障及时有效地履行职责。
  8. 执行人员执行公务时，应向有关人员出示工作证和执行公务证，并按规定着装。必要时应由司法警察参加。
- 执行公务证由最高人民法院统一制发。
9. 上级人民法院执行机构负责本院对下级人民法院执行工作的监督、指导和协调。

## 法条精解

上述法条对执行机构和执行人员作出了规定，注意掌握。

## 重点法条

第二百零六条 被执行人或者被执行的财产在外地的，可以委托当地人民法院代为执行。受委托人民法院收到委托函件后，必须在十五日内开始执行，不得拒绝。执行完毕后，应当将执行结果及时函复委托人民法院；在三十日内如果还未执行完毕，也应当将执行情况函告委托人民法院。

受委托人民法院自收到委托函件之日起十五日内不执行的，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级人民法院指令受委托人民法院执行。

## 【关联法条】

### 《民诉意见》

259. 被执行人、被执行的财产在外地的，负责执行的人民法院可以委托当地人民法院代为执行，也可以直接到当地执行。直接到当地执行的，负责执行的人民法院可以要求当地人民法院协助执行。当地人民法院应当根据要求协助执行。

260. 委托执行，委托人民法院应当出具委托函和生效的法律文书（副本）。委托函应当提出明确的执行要求。

261. 受委托人民法院在接到委托函后，无权对委托执行的生效的法律文书进行实体审查；执行中发现据以执行的法律文书有错误的，受委托人民法院应当及时向委托人民法院反映。

262. 受委托人民法院应当严格按照生效法律文书的规定和委托人民法院的要求执行。对债务人履行债务的时间、期限和方式需要变更的，应当征得申请执行人的同意，并将变更情况及时告知委托人民法院。

263. 受委托人民法院遇有需要中止或者终结执行的情形，应当及时函告委托人民法院，由委托人民法院作出裁定，在此期间，可以暂缓执行。受委托人民法院不得自行裁定中止或者终结执行。

264. 委托执行中，案外人对执行标的提出异议的，受委托人民法院应当函告委托人民法院，由委托人民法院通知驳回或者作出中止执行的裁定，在此期间，暂缓执行。

265. 依照民事诉讼法第二百一十条第二款的规定，受委托人民法院的上一级人民法院在接到委托人民法院指令执行的请求后，应当在五日内书面指令受委托人民法院执行，并将这一情况及时告知委托人民法院。

受委托人民法院在接到上一级人民法院的书面指令后，应当立即执行，将执行情况报告上一级人民法院，并告知委托人民法院。

### 《执行规定》

111. 凡需要委托执行的案件，委托法院应在立案后一个月内办妥委托执行手续。超过此期限委托的，应当经对方法院同意。



112. 委托法院明知被执行人有下列情形的,应当及时依法裁定中止执行或终结执行,不得委托当地法院执行:

- (1) 无确切住所,长期下落不明,又无财产可供执行的;
- (2) 有关法院已经受理以被执行人为债务人的破产案件或者已经宣告其破产的。

113. 委托执行一般应在同级人民法院之间进行。经对方法院同意,也可委托上一级的法院执行。

被执行人是军队企业的,可以委托其所在地的军事法院执行。

执行标的物是船舶的,可以委托有关海事法院执行。

114. 委托法院应当向受委托法院出具书面委托函,并附送据以执行的生效法律文书副本原件、立案审批表复印件及有关情况说明,包括财产保全情况、被执行人的财产状况、生效法律文书履行的情况,并注明委托法院地址、联系电话、联系人等。

115. 委托执行案件的实际支出费用,由受托法院向被执行人收取,确有必要的,可以向申请执行人预收。委托法院已经向申请执行人预收费用的,应当将预收的费用转交受托法院。

116. 案件委托执行后,未经受托法院同意,委托法院不得自行执行。

117. 受托法院接到委托后,应当及时将指定的承办人、联系电话、地址等告知委托法院;如发现委托执行的手续、资料不全,应及时要求委托法院补办。但不得据此拒绝接受委托。

118. 受托法院对受托执行的案件应当严格按照民事诉讼法和最高人民法院有关规定执行,有权依法采取强制执行措施和对妨害执行行为的强制措施。

119. 被执行人在受托法院当地有工商登记或户籍登记,但人员下落不明,如有可供执行的财产,可以直接执行其财产。

120. 对执行担保和执行和解的情况以及案外人对非属法律文书指定交付的执行标的物提出的异议,受托法院可以按照有关法律规定处理,并及时通知委托法院。

121. 受托法院在执行中,认为需要变更被执行人的,应当将有关情况函告委托法院,由委托法院依法决定是否作出变更被执行人的裁定。

122. 受托法院认为受托执行的案件应当中止、终结执行的,应提供有关证据材料,函告委托法院作出裁定。受托法院提供的证据材料确实、充分的,委托法院应当及时作出中止或终结执行的裁定。

123. 受托法院认为委托执行的法律文书有错误,如执行可能造成执行回转困难或无法执行回转的,应当首先采取查封、扣押、冻结等保全措施,必要时要将保全款项划到法院账户,然后函请委托法院审查。受托法院按照委托法院的审查结果继续执行或停止执行。

124. 人民法院在异地执行时,当地人民法院应当积极配合,协同排除障碍,保证执行人员的人身安全和执行装备、执行标的物不受侵害。

## 法条精解

委托执行是指受理案件的执行法院对于债务人或者被执行的财产在外地的案件,委托当地人民法院代为执行的一种活动。债务人或者被执行的财产在外地的,负责执行的法院可以自己直接到当地执行,也可以委托当地人民法院代为执行。委托执行是人民法院间的一种重要的司法互助制度。上述法条对委托执行做出了规定,把握以下内容:

1. 在委托执行中,被委托代为执行的当地法院是受托法院;受理执行案件并将该案委托给当地法院代为执行的人民法院是委托法院。

2. 在委托执行中,委托法院应当向受委托法院出具委托函并附有生效的法律文书副本。委托函应当提出明确的执行要求。

3. 在接到委托函后,委托执行开始并应当遵守下列程序:

(1) 受托人民法院在接到委托函后,无权对委托执行的生效的法律文书进行实体审查;执行中发现据以执行的文书有错误的,受托人民法院应当及时向委托人民法院反映。

(2) 受托法院应当严格按生效法律文书的规定和委托法院的要求执行。对债务人履行债务的时间、期限和方式需要变更的,应当征得申请执行人的同意,并将变更情况及时告知委托法院。

(3) 受托法院遇有需要中止或者终结执行的情形,应当及时函告委托法院,由委托法院裁定,在此期间,可以暂缓执行。受托法院不得自行裁定中止或者终结执行。

(4) 委托执行中,案外人对执行标的提出异议,受托法院应当函告委托法院,由委托法院通知驳回或





者作出中止执行的裁定。在此期间，暂缓执行。

(5) 受托法院在收到函件后，必须在 15 日内开始执行。执行完毕以后，应当将执行结果及时函复委托法院；在 30 日内如果还未执行完毕，也应当将执行情况函告委托法院。

(6) 受托法院自收到函件之日起 15 日内不执行的，委托法院可以请求受托法院的上级人民法院指令受托法院执行。受托法院的上一级人民法院在接到委托法院的指令执行请求后，应当在 5 日内书面指令受托法院执行，并将这一情况及时告知委托法院。受托法院在接到上一级人民法院的书面指令后，应当立即执行，将执行情况报告上一级人民法院，并告知委托法院。

## 重点法条

第二百零七条 在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。

一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

266. 一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。

267. 申请恢复执行原法律文书，适用民事诉讼法第二百一十九条申请执行期限的规定。申请执行期限因达成执行中的和解协议而中止，其期限自和解协议所定履行期限的最后一起连续计算。

#### 《执行规定》

86. 在执行中，双方当事人可以自愿达成和解协议，变更生效法律文书确定的履行义务主体、标的物及其数额、履行期限和履行方式。

和解协议一般应当采取书面形式。执行人员应将和解协议副本附卷。无书面协议的，执行人员应将和解协议的内容记入笔录，并由双方当事人签名或盖章。

87. 当事人之间达成的和解协议合法有效并已履行完毕的，人民法院作执行结案处理。

## 法条精解

执行和解十分重要，对此知识点，应掌握：

1. 和解协议一般应当采取书面形式。
2. 和解协议要靠当事人自愿自觉履行，不具强制执行力。但是，和解协议已履行的部分应当扣除；已履行完毕的，人民法院作执行结案处理，而不予恢复执行。
3. 当事人不履行或不完全履行和解协议的，人民法院应恢复原生效法律文书的相应执行。
4. 当事人不履行和解协议，人民法院依申请恢复原生效法律文件的执行，而非对和解协议的执行。
5. 当事人之间达成的和解协议合法有效并已履行完毕的，人民法院作执行结案处理。

## 真题示例

1. (2007-3-42) 在执行程序中，甲和乙自愿达成和解协议：将判决中确定的乙向甲偿还 1 万元人民币改为给付价值相当的化肥、农药。和解协议履行完毕后，甲以化肥质量不好向法院提出恢复执行程序。下列哪一选项是正确的？

- A. 和解协议无效，应恢复执行原判决
- B. 和解协议有效，但甲反悔后应恢复执行原判决
- C. 和解协议已履行完毕，应执行回转
- D. 和解协议已履行完毕，法院应作执行结案处理

答案：D。

解析：根据《民事诉讼法》第 207 条和《执行规定》第 87 条规定，因为和解协议已经执行完毕，所以法院应该作执行结案处理，不能恢复执行原判，D 的选项是正确的。这里注意，如果和解协议尚未履行完毕，当事人申请恢复执行的，则 B 就是对的。

2. (2002-3-66) 张中阳因房屋出租与王辉发生纠纷并诉至法院，法院判决王辉一个月内迁出张中阳



的房屋。一个月后王辉拒不腾房，张中阳向法院申请强制执行，在执行过程中张中阳欲与王辉和解，将房子卖给王辉，他就有关事宜询问了法院的执行人员。执行人员的下列解答，哪些是正确的？

- A. 判决已经生效，当事人要和解就必须先撤回执行申请
- B. 双方当事人应在执行完毕后签订新合同而不应在执行过程中和解
- C. 双方当事人可以在执行中自愿达成和解协议
- D. 如果王辉不履行和解协议的内容，张中阳可以申请恢复执行

答案：CD。

解析：《民事诉讼法》第207条规定，在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。

## 重点法条

第二百零八条 在执行中，被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

268. 人民法院依照民事诉讼法第二百一十二条的规定决定暂缓执行的，如果担保是有期限的，暂缓执行的期限应与担保期限一致，但最长不得超过一年。被执行人或担保人对担保的财产在暂缓执行期间有转移、隐藏、变卖、毁损等行为的，人民法院可以恢复强制执行。

269. 民事诉讼法第二百一十二条规定的执行担保，可以由被执行人向人民法院提供财产作担保，也可以由第三人出面作担保。以财产作担保的，应提交保证书；由第三人担保的，应当提交担保书。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力。

270. 被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。

#### 《执行规定》

84. 被执行人或其担保人以财产向人民法院提供执行担保的，应当依据《中华人民共和国担保法》的有关规定，按照担保物的种类、性质，将担保物移交执行法院，或依法到有关机关办理登记手续。

85. 人民法院在审理案件期间，保证人为被执行人提供保证，人民法院据此未对被执行人的财产采取保全措施或解除保全措施的，案件审结后如果被执行人无财产可供执行或其财产不足清偿债务时，即使生效法律文书中未确定保证人承担责任，人民法院有权裁定执行保证人在保证责任范围内的财产。

## 法条精解

本条是关于执行担保的，应掌握：

1. 执行担保分为执行保证和执行物保，重点注意执行保证，法院有权裁定执行保证人在保证责任范围内的财产。此外，注意以财产作担保的，应提交保证书；由第三人担保的，应当提交担保书。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力。
2. 执行担保的法律效果：人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。
3. 注意暂缓执行期限最长不得超过1年。
4. 被执行人人不履行义务的后果：被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。

## 真题示例

(2003-3-69) 甲公司诉乙公司支付货款一案，乙公司在判决生效后未履行判决书所确定的义务，甲公司向法院申请强制执行。在执行过程中，乙公司提出目前暂时没有偿付能力，申请提供担保，对此，下列说法哪些是正确的？

- A. 乙公司的执行担保申请须经甲公司同意，并由人民法院决定





- B. 人民法院批准申请后，乙公司应当向人民法院提供财产担保，不能由第三人作担保
- C. 乙公司提供担保后，可以在人民法院决定的暂缓执行期间内与甲公司达成执行和解的协议
- D. 在暂缓执行期间，甲公司发现乙公司有转移担保财产的行为，人民法院可以恢复执行

答案：ACD。

解析：执行担保是指在执行过程中，被执行人确有困难暂时没有偿付能力时，向人民法院提供担保，并经申请执行人同意，由人民法院决定暂缓执行及暂缓执行的期限。根据《民事诉讼法》第208条和《执行规定》第85条规定，ACD项正确。

## 重点法条

第二百零九条 作为被执行人的公民死亡的，以其遗产偿还债务。作为被执行人的法人或者其他组织终止的，由其权利义务承受人履行义务。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

271. 依照民事诉讼法第二百一十三条的规定，执行中作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的，其权利义务由变更后的法人或者其他组织承受；被撤销的，如果依有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人。

272. 其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。

273. 在执行中，作为被执行人的法人或者其他组织名称变更的，人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

274. 作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。

276. 执行中，具有企业法人资格的被执行人不能清偿到期债务，根据债权人或者债务人申请，人民法院可以依法宣告被执行人破产。

#### 《执行规定》

76. 被执行人为无法人资格的私营独资企业，无能力履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行该独资企业业主的其他财产。

77. 被执行人为个人合伙组织或合伙型联营企业，无能力履行生效法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定追加该合伙组织的合伙人或参加该联营企业的法人为被执行人。

78. 被执行人为企业法人的分支机构不能清偿债务时，可以裁定企业法人为被执行人。企业法人直接经营管理的财产仍不能清偿债务的，人民法院可以裁定执行该企业法人其他分支机构的财产。

若必须执行已被承包或租赁的企业法人分支机构的财产时，对承包人或承租人投入及应得的收益应依法保护。

79. 被执行人按法定程序分立为两个或多个具有法人资格的企业，分立后存续的企业按照分立协议确定的比例承担债务；不符合法定程序分立的，裁定由分立后存续的企业按照其从被执行企业分得的资产占原企业总资产的比例对申请执行人承担责任。

80. 被执行人无财产清偿债务，如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实或抽逃注册资金，可以裁定变更或追加其开办单位为被执行人，在注册资金不实或抽逃注册资金的范围内，对申请执行人承担责任。

81. 被执行人被撤销、注销或歇业后，上级主管部门或开办单位无偿接受被执行人的财产，致使被执行人无遗留财产清偿债务或遗留财产不足清偿的，可以裁定由上级主管部门或开办单位在所接受的财产范围内承担责任。

82. 被执行人的开办单位已经在注册资金范围内或接受财产的范围内向其他债权人承担了全部责任的，人民法院不得裁定开办单位重复承担责任。

83. 依照民事诉讼法第二百一十三条、最高人民法院关于适用民事诉讼法若干问题的意见第二百七十一条至第二百七十四条及本规定裁定变更或追加被执行主体的，由执行法院的执行机构办理。

## 法条精解

以上是对执行承担的规定，对此，要掌握以下内容：

1. 执行中作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的，其权利义务由变更后的法人或者其他组织承受；被执行人按法定程序分立为两个或多个具有法人资格的企业，分立后存续的企业按照协议确定的比例承担债务，不符合法定程序分立的，裁定由分立后存续的企业按照其从被执行企业分得的资产占原企业总资产的比例对申请执行人承担责任；被撤销的，如果依有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人；被执行人被撤销、注销或歇业后，上级主管部门或开办单位无偿接受被执行人的财产，致使被执行人无遗留财产清偿债务或遗留财产不足清偿的，可裁定由上级主管部门或开办单位在所接受的财产范围内承担责任。

2. 其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。具体包括以下三种情况：

(1) 被执行人为个人合伙组织或合伙型联营企业，无能力履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行该企业业主的其他财产。

(2) 被执行人为个人合伙组织或合伙型联营企业，无能力履行生效法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定追加该合伙组织的合伙人或参加该联营企业的法人为被执行人。

(3) 被执行人为企业法人的分支机构不能清偿债务时，可以裁定企业法人为被执行人。企业法人直接经营管理的财产仍不能清偿债务的，人民法院可以裁定执行该企业法人其他分支机构的财产。

3. 在执行中，作为被执行人的法人或者其他组织名称变更的，人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

4. 被执行人无财产清偿债务，如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实或抽逃注册资金，可以裁定变更或追加其开办单位为被执行人，在注册资金不实或抽逃注册资金范围内对申请执行人承担责任。被执行人的开办单位已经在注册资金范围内或接受财产的范围内向其他债权人承担了全部责任的，人民法院不得裁定开办单位重复承担责任。

5. 作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。

6. 裁定变更或追加被执行主体的，由执行法院的执行机构办理。

## 重点法条

第二百一十条 执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

275. 法律规定由人民法院执行的其他法律文书执行完毕后，该法律文书被有关机关依法撤销的，经当事人申请，适用民事诉讼法第二百一十四条的规定。

#### 《执行规定》

109. 在执行中或执行完毕后，据以执行的法律文书被人民法院或其他有关机关撤销或变更的，原执行机构应当依照民事诉讼法第二百一十四条的规定，依当事人申请或依职权，按照新的生效法律文书，作出执行回转的裁定，责令原申请执行人返还已取得的财产及其孳息。拒不返还的，强制执行。

执行回转应重新立案，适用执行程序的有关规定。

110. 执行回转时，已执行的标的物系特定物的，应当退还原物。不能退还原物的，可以折价抵偿。

## 法条精解

对于执行回转，掌握以下内容：

1. 执行回转必须具备以下条件：

(1) 法律文书已经被执行完毕。

(2) 原执行所依据的判决、裁定和其他法律文书被撤销。

(3) 执行依据是撤销之后重新作出的法律文书。

2. 对于执行回转，必须重新立案。

3. 应当责令原申请执行人返还已取得的财产及其孳息；拒不返还的，强制执行。但是如果善意第三人有偿取得则不可以强制执行，而只能执行取得的价款。





第二百一十二条 发生法律效力民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行。

调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

第二百一十三条 对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- (一) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- (二) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
- (三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (四) 认定事实的主要证据不足的；
- (五) 适用法律确有错误的；
- (六) 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

277. 仲裁机构裁决的事项部分属于仲裁协议的范围，部分超过仲裁协议范围的，对超过部分，人民法院应当裁定不予执行。

278. 依照民事诉讼法第二百一十七条第二款、第三款的规定，人民法院裁定不予执行仲裁裁决后，当事人可以重新达成书面仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

### 法条精解

本条是关于执行的适用范围及仲裁裁决的执行。需要掌握的有以下几点：

1. 引起执行程序有两种方式：当事人申请执行和审判员移送执行。
2. 调解书及其他由人民法院执行的法律文书只能由当事人申请执行；已生效判决、裁定可由当事人申请执行也可由审判员移送执行。
3. 能移送执行的有：人身性质费用给付的法律文书，刑事附带民事文书，民事制裁决定书，民事、行政案件中的财产保全或先予执行的法律文书等。
4. 仲裁裁决的执行应当向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院申请，仲裁裁决不被执行的，当事人可以起诉或者重新达成仲裁协议申请仲裁。
5. 仲裁裁决的执行应当向被申请人住所地或财产所在地的基层人民法院申请；涉外的仲裁裁决则应当向被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院申请执行。
6. 注意与涉外仲裁裁决的不予执行的原因对比，涉外仲裁裁决不予执行的原因不涉及实体问题。
7. 仲裁裁决不被执行的，当事人可以起诉或重新达成仲裁协议申请仲裁。

### 真题示例

(2002-3-78) 根据我国仲裁法和民事诉讼法的规定，出现下列哪些情形时，人民法院对仲裁裁决不予执行？

- A. 载有仲裁条款的合同被确认无效
- B. 一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决
- C. 仲裁裁决书认定事实的主要证据不足
- D. 仲裁庭的组成违反法定程序

答案：CD。



解析：根据《仲裁法》第63条和《民事诉讼法》第213条规定，正确答案是CD。

## 重点法条

第二百一十四条 对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。

## 法条精解

注意把握以下内容：

1. 只有经公证机关公证的债权文书才可以申请强制执行。
2. 受申请的人民法院应当执行，除非公证债权文书确有错误。
3. 不予执行应当以裁定书的方式作出，并且送达双方当事人和公证机关。

## 重点法条

第二百一十五条 申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。

前款规定的期间，从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

225. 债权人向人民法院申请执行支付令的期限，适用民事诉讼法第二百一十九条的规定。

#### 《执行规定》

18. 人民法院受理执行案件应当符合下列条件：

- (1) 申请或移送执行的法律文书已经生效；
- (2) 申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人；
- (3) 申请执行人在法定期限内提出申请；
- (4) 申请执行的法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确；
- (5) 义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务；
- (6) 属于受申请执行的人民法院管辖。

人民法院对符合上述条件的申请，应当在七日内予以立案；不符合上述条件之一的，应当在七日内裁定不予受理。

19. 生效法律文书的执行，一般应当由当事人依法提出申请。

发生法律效力具有给付赡养费、扶养费、抚育费内容的法律文书、民事制裁决定书，以及刑事附带民事判决、裁定、调解书，由审判庭移送执行机构执行。

20. 申请执行，应向人民法院提交下列文件和证件：

(1) 申请执行书。申请执行书中应当写明申请执行的理由、事项、执行标的，以及申请执行人所了解的被执行人的财产状况。

申请执行人书写申请执行书确有困难的，可以口头提出申请。人民法院接待人员对口头申请应当制作笔录，由申请执行人签字或盖章。

外国一方当事人申请执行的，应当提交中文申请执行书。当事人所在国与我国缔结或共同参加的司法协助条约有特别规定的，按照条约规定办理。

(2) 生效法律文书副本。

(3) 申请执行人的身份证明。公民个人申请的，应当出示居民身份证；法人申请的，应当提交法人营业执照副本和法定代表人身份证明；其他组织申请的，应当提交营业执照副本和主要负责人身份证明。

(4) 继承人或权利承受人申请执行的，应当提交继承或承受权利的证明文件。

(5) 其他应当提交的文件或证件。

21. 申请执行仲裁机构的仲裁裁决，应当向人民法院提交有仲裁条款的合同书或仲裁协议书。

申请执行国外仲裁机构的仲裁裁决的，应当提交经我国驻外使领馆认证或我国公证机关公证的仲裁裁



22. 申请执行人可以委托代理人代为申请执行。委托代理的,应当向人民法院提交经委托人签字或盖章的授权委托书,写明委托事项和代理人的权限。

委托代理人代为放弃、变更民事权利,或代为进行执行和解,或代为收取执行款项的,应当有委托人的特别授权。

23. 申请人民法院强制执行,应当按照人民法院诉讼收费办法的规定缴纳申请执行的费用。

### 法条精解

本条是修改后的内容,对此,需注意以下几点:

1. 申请执行的条件:①申请或移送执行的法律文书已经生效;②申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人;③申请执行人在法定期限内提出申请;④申请执行的法律文书有给付内容,且执行标的和被执行人明确;⑤义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务;⑥属于受申请执行的人民法院管辖。

2. 申请执行的期间为2年。不再区分自然人、法人、其他组织而规定不同的申请执行期间。明确申请执行的期间性质为诉讼时效,可以中止、中断。对于未规定履行期间的法律文书,申请执行的起算日。

3. 申请执行人可以委托代理人代为申请执行,委托代理人代为放弃、变更民事权利,或代为进行执行和解,或代为收取执行款项的,应当有委托人的特别授权。

4. 申请人民法院强制执行,应当按照人民法院诉讼收费办法的规定缴纳申请执行的费用。

### 真题示例

(2005-3-80) 下列关于执行的说法,哪些是正确的?

- A. 执行程序都是因当事人的申请而开始的
- B. 申请执行的期限,双方或一方当事人是公民的为一年,双方是法人或其他组织的为六个月
- C. 作为执行根据的法律文书具有确定性和给付性的特点
- D. 具有执行力的裁判文书由作出该裁判文书的法院负责执行

答案:C(当年公布的答案为BC)。

解析:根据《民事诉讼法》第215条的规定,选项B错误。作为执行根据的法律文书具有确定性和给付性的特点是民事诉讼基本法理,选项C正确。根据《民事诉讼法》第212条的规定,选项A是错误选项。根据《民事诉讼法》第201条的规定,二审法院的民事判决、裁定,以及刑事判决、裁定中的财产部分,也是由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行的。因此,选项D是错误选项。

### 重点法条

第二百一十六条 执行员接到申请执行书或者移交执行书,应当向被执行人发出执行通知,责令其在指定的期间履行,逾期不履行的,强制执行。

被执行人不履行法律文书确定的义务,并有可能隐匿、转移财产的,执行员可以立即采取强制执行措施。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

279. 民事诉讼法第二百二十条规定的执行通知,人民法院应在收到申请执行书后的十日内发出。执行通知中除应责令被执行人履行法律文书确定的义务外,并应通知其承担民事诉讼法第二百三十二条规定的迟延履行利息或者迟延履行金。

#### 《执行规定》

24. 人民法院决定受理执行案件后,应当在三日内向被执行人发出执行通知书,责令其在指定的期间履行生效法律文书确定的义务,并承担民事诉讼法第二百三十二条规定的迟延履行期间的债务利息或迟延履行金。

25. 执行通知书的送达,适用民事诉讼法关于送达的规定。

26. 被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法律文书确定的义务的,应当及时采取执行措施。



在执行通知书指定的期限内，被执行人转移、隐匿、变卖、毁损财产的，应当立即采取执行措施。

人民法院采取执行措施，应当制作裁定书，送达被执行人。

27. 人民法院执行非诉讼生效法律文书，必要时可向制作生效法律文书的机构调取卷宗材料。

28. 申请执行人应当向人民法院提供其所了解的被执行人的财产状况或线索。被执行人必须如实向人民法院报告其财产状况。

人民法院在执行中有权向被执行人、有关机关、社会团体、企业事业单位或公民个人，调查了解被执行人的财产状况，对调查所需的材料可以进行复制、抄录或拍照，但应当依法保密。

29. 为查明被执行人的财产状况和履行义务的能力，可以传唤被执行人或被执行人的法定代表人或负责人到人民法院接受询问。

### 《执行解释》

第二十七条 在申请执行时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，申请执行时效中止。从中止时效的原因消除之日起，申请执行时效期间继续计算。

第二十八条 申请执行时效因申请执行、当事人双方达成和解协议、当事人一方提出履行要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，申请执行时效期间重新计算。

第二十九条 生效法律文书规定债务人负有不作为义务的，申请执行时效期间从债务人违反不作为义务之日起计算。

第三十条 执行员依照民事诉讼法第二百一十六条规定立即采取强制执行措施的，可以同时或者自采取强制执行措施之日起三日内发送执行通知书。

## 法条精解

1. 执行程序启动的方法分为两种：一是由当事人申请，二是由审判庭移送执行机构。至于二者的适用关系，参见《执行规定》第19条。下列情形下由审判庭移送执行机构：①具有给付赡养费、抚养费、抚育费内容的法律文书；②民事制裁决定书；③刑事附带民事判决、裁定调解书。

2. 注意掌握第216条的规定，被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法律文书确定的义务的，应当及时采取执行措施。在执行通知书指定的期限内，被执行人转移、隐匿、变卖、毁损财产的，应当立即采取执行措施。

## 重点法条

第二百一十七条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的，人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

### 【关联法条】

### 《执行解释》

第三十一条 人民法院依照民事诉讼法第二百一十七条规定责令被执行人报告财产情况的，应当向其发出报告财产令。报告财产令中应当写明报告财产的范围、报告财产的期间、拒绝报告或者虚假报告的法律后果等内容。

第三十二条 被执行人依照民事诉讼法第二百一十七条的规定，应当书面报告下列财产情况：

- (一) 收入、银行存款、现金、有价证券；
- (二) 土地使用权、房屋等不动产；
- (三) 交通运输工具、机器设备、产品、原材料等动产；
- (四) 债权、股权、投资权益、基金、知识产权等财产性权利；
- (五) 其他应当报告的财产。

被执行人自收到执行通知之日前一年至当前财产发生变动的，应当对该变动情况进行报告。

被执行人在报告财产期间履行全部债务的，人民法院应当裁定终结报告程序。

第三十三条 被执行人报告财产后，其财产情况发生变动，影响申请执行人债权实现的，应当自财产变动之日起十日内向人民法院补充报告。

第三十四条 对被执行人报告的财产情况，申请执行人请求查询的，人民法院应当准许。申请执行人对查询的被执行人财产情况，应当保密。





第三十五条 对被执行人报告的财产情况，执行法院可以依申请执行人的申请或者依职权调查核实。

## 法条精解

本条为新增加的内容，是关于执行措施的规定，规定了被执行人的财产报告义务及违反该义务的法律后果。

## 重点法条

第二百一十八条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位查询被执行人的存款情况，有权冻结、划拨被执行人的存款，但查询、冻结、划拨存款不得超出被执行人应当履行义务的范围。

人民法院决定冻结、划拨存款，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

280. 人民法院可以直接向银行及其营业所、储蓄所、信用合作社以及其他有储蓄业务的单位查询、冻结、划拨被执行人的存款。外地法院可以直接到被执行人住所地、被执行财产所在地银行及其营业所、储蓄所、信用合作社以及其他有储蓄业务的单位查询、冻结、划拨被执行人应当履行义务部分的存款，无需由当地人民法院出具手续。

282. 人民法院在执行中已依照民事诉讼法第二百二十一条、第二百二十三条的规定对被执行人的财产查封、冻结的，任何单位包括其他人民法院不得重复查封、冻结或者擅自解冻，违者按照民事诉讼法第一百零二条的规定处理。被执行人的财产不能满足所有申请执行人清偿要求的，执行时可以参照民事诉讼法第二百零四条的规定处理。

#### 《执行规定》

32. 查询、冻结、划拨被执行人在银行（含其分理处、营业所和储蓄所）、非银行金融机构、其他有储蓄业务的单位（以下简称金融机构）的存款，依照中国人民银行、最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于查询、冻结、扣划企业事业单位、机关、团体银行存款的通知》的规定办理。

33. 金融机构擅自解冻被人民法院冻结的款项，致冻结款项被转移的，人民法院有权责令其限期追回已转移的款项。在限期内未能追回的，应当裁定该金融机构在转移的款项范围内以自己的财产向申请执行人承担责任。

34. 被执行人为金融机构的，对其交存在人民银行的存款准备金和备付金不得冻结和扣划，但对其在本机构、其他金融机构的存款，及其在人民银行的其他存款可以冻结、划拨，并可对被执行人的其他财产采取执行措施，但不得查封其营业场所。

35. 作为被执行人的公民，其收入转为储蓄存款的，应当责令其交出存单。拒不交出的，人民法院应当作出提取其存款的裁定，向金融机构发出协助执行通知书，并附生效法律文书，由金融机构提取被执行人的存款交人民法院或存入人民法院指定的账户。

36. 被执行人在有关单位的收入尚未支取的，人民法院应当作出裁定，向该单位发出协助执行通知书，由其协助扣留或提取。

37. 有关单位收到人民法院协助执行被执行人收入的通知后，擅自向被执行人或其他人支付的，人民法院有权责令其限期追回；逾期未追回的，应当裁定其在支付的数额内向申请执行人承担责任。

## 法条精解

上述法条系对存款的执行的規定，注意掌握。

## 重点法条

第二百一十九条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。

人民法院扣留、提取收入时，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，被执行人所在单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。



第二百二十条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。

采取前款措施，人民法院应当作出裁定。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

284. 执行的标的物为特定物的，应执行原物。原物确已不存在的，可折价赔偿。

### 法条精解

上述法条系对收入和财产的规定的规定，注意掌握。

### 重点法条

第二百二十一条 人民法院查封、扣押财产时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者财产所在地的基层组织应当派人参加。

对被查封、扣押的财产，执行员必须造具清单，由在场人签名或者盖章后，交被执行人一份。被执行人是公民的，也可以交他的成年家属一份。

第二百二十二条 被查封的财产，执行员可以指定被执行人负责保管。因被执行人的过错造成的损失，由被执行人承担。

第二百二十三条 财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院可以按照规定交有关单位拍卖或者变卖被查封、扣押的财产。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照国家规定的价格收购。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

281. 人民法院在执行中需要变卖被执行人财产的，可以交有关单位变卖，也可以由人民法院直接变卖。由人民法院直接变卖的，变卖前就价格问题征求物价等有关部门的意见，作价应当公平合理。

#### 《执行规定》

38. 被执行人无金钱给付能力的，人民法院有权裁定对被执行人的其他财产采取查封、扣押措施。裁定书应送达被执行人。

采取前款措施需有关单位协助的，应当向有关单位发出协助执行通知书，连同裁定书副本一并送达有关单位。

39. 查封、扣押财产的价值应当与被执行人履行债务的价值相当。

40. 人民法院对被执行人所有的其他人享有抵押权、质押权或留置权的财产，可以采取查封、扣押措施。财产拍卖、变卖后所得价款，应当在抵押权人、质押权人或留置权人优先受偿后，其余额部分用于清偿申请执行人的债权。

41. 对动产的查封，应当采取加贴封条的方式。不便加贴封条的，应当张贴公告。

对有产权证照的动产或不动产的查封，应当向有关管理机关发出协助执行通知书，要求其不得办理查封财产的转移过户手续，同时可以责令被执行人将有关产权证照交人民法院保管。必要时也可以采取加贴封条或张贴公告的方法查封。

既未向有关管理机关发出协助执行通知书，也未采取加贴封条或张贴公告的办法查封的，不得对抗其他人民法院的查封。

42. 被查封的财产，可以指令由被执行人负责保管。如继续使用被查封的财产对其价值无重大影响，可以允许被执行人继续使用。因被执行人保管或使用的过错造成的损失，由被执行人承担。

43. 被扣押的财产，人民法院可以自行保管，也可以委托其他单位或个人保管。对扣押的财产，保管人不得使用。

44. 被执行人或其他人擅自处分已被查封、扣押、冻结财产的，人民法院有权责令责任人限期追回财产或承担相应的赔偿责任。

45. 被执行人的财产经查封、扣押后，在人民法院指定的期间内履行义务的，人民法院应当及时解除查封、扣押措施。





46. 人民法院对查封、扣押的被执行人财产进行变价时，应当委托拍卖机构进行拍卖。

财产无法委托拍卖、不适于拍卖或当事人双方同意不需要拍卖的，人民法院可以交由有关单位变卖或自行组织变卖。

47. 人民法院对拍卖、变卖被执行人的财产，应当委托依法成立的资产评估机构进行价格评估。

48. 被执行人申请对人民法院查封的财产自行变卖的，人民法院可以准许，但应当监督其按照合理价格在指定的期限内进行，并控制变卖的价款。

49. 拍卖、变卖被执行人的财产成交后，必须即时钱物两清。

委托拍卖、组织变卖被执行人财产所发生的实际费用，从所得价款中优先扣除。所得价款超出执行标的数额和执行费用的部分，应当退还被执行人。

50. 被执行人不履行生效法律文书确定的义务，人民法院有权裁定禁止被执行人转让其专利权、注册商标专用权、著作权（财产权部分）等知识产权。上述权利有登记主管部门的，应当同时向有关部门发出协助执行通知书，要求其不得办理财产权转移手续，必要时可以责令被执行人将产权或使用权证照交人民法院保存。

对前款财产权，可以采取拍卖、变卖等执行措施。

51. 对被执行人从有关企业中应得的已到期的股息或红利等收益，人民法院有权裁定禁止被执行人提取和有关企业向被执行人支付，并要求有关企业直接向申请执行人支付。

对被执行人预期从有关企业中应得的股息或红利等收益，人民法院可以采取冻结措施，禁止到期后被执行人提取和有关企业向被执行人支付。到期后人民法院可从有关企业中提取，并出具提取收据。

52. 对被执行人在其他股份有限公司中持有的股份凭证（股票），人民法院可以扣押，并强制被执行人按照公司法的有关规定转让，也可以直接采取拍卖、变卖的方式进行处分，或直接将股票抵偿给债权人，用于清偿被执行人的债务。

53. 对被执行人在有限责任公司、其他法人企业中的投资权益或股权，人民法院可以采取冻结措施。

冻结投资权益或股权的，应当通知有关企业不得办理被冻结投资权益或股权的转移手续，不得向被执行人支付股息或红利。被冻结的投资权益或股权，被执行人不得自行转让。

54. 被执行人在其独资开办的法人企业中拥有的投资权益被冻结后，人民法院可以直接裁定予以转让，以转让所得清偿其对申请执行人的债务。

对被执行人在有限责任公司中被冻结的投资权益或股权，人民法院可以依据《中华人民共和国公司法》第三十五条、第三十六条的规定，征得全体股东过半数同意后，予以拍卖、变卖或以其他方式转让。不同意转让的股东，应当购买该转让的投资权益或股权，不购买的，视为同意转让，不影响执行。

人民法院也可允许并监督被执行人自行转让其投资权益或股权，将转让所得收益用于清偿对申请执行人的债务。

55. 对被执行人在中外合资、合作经营企业中的投资权益或股权，在征得合资或合作他方的同意和对外经济贸易主管机关的批准后，可以对冻结的投资权益或股权予以转让。

如果被执行人除在中外合资、合作企业中的股权以外别无其他财产可供执行，其他股东又不同意转让的，可以直接强制转让被执行人的股权，但应当保护合资他方的优先购买权。

56. 有关企业收到人民法院发出的协助冻结通知后，擅自向被执行人支付股息或红利，或擅自为被执行人办理已冻结股权的转移手续，造成已转移的财产无法追回的，应当在所支付的股息或红利或转移的股权价值范围内向申请执行人承担责任。

### 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》

第一条 人民法院查封、扣押、冻结被执行人的动产、不动产及其他财产权，应当作出裁定，并送达被执行人和申请执行人。

采取查封、扣押、冻结措施需要有关单位或者个人协助的，人民法院应当制作协助执行通知书，连同裁定书副本一并送达协助执行人。查封、扣押、冻结裁定书和协助执行通知书送达时发生法律效力。

第二条 人民法院可以查封、扣押、冻结被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权。

未登记的建筑物和土地使用权，依据土地使用权的审批文件和其他相关证据确定权属。

对于第三人占有的动产或者登记在第三人名下的不动产、特定动产及其他财产权，第三人书面确认该财产属于被执行人的，人民法院可以查封、扣押、冻结。

第三条 作为执行依据的法律文书生效后至申请执行前，债权人可以向有执行管辖权的人民法院申请保全债务人的财产。人民法院可以参照民事诉讼法第九十二条的规定作出保全裁定，保全裁定应当立即执行。

第四条 诉讼前、诉讼中及仲裁中采取财产保全措施的，进入执行程序后，自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施，并适用本规定第二十九条关于查封、扣押、冻结期限的规定。

第五条 人民法院对被执行人下列的财产不得查封、扣押、冻结：

- (一) 被执行人及其所扶养家属生活所必需的衣服、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品；
- (二) 被执行人及其所扶养家属所必需的生活费用。当地有最低生活保障标准的，必需的生活费用依照该标准确定；
- (三) 被执行人及其所扶养家属完成义务教育所必需的物品；
- (四) 未公开的发明或者未发表的著作；
- (五) 被执行人及其所扶养家属用于身体缺陷所必需的辅助工具、医疗物品；
- (六) 被执行人所得的勋章及其他荣誉表彰的物品；
- (七) 根据《中华人民共和国缔结条约程序法》，以中华人民共和国、中华人民共和国政府或者中华人民共和国政府部门名义同外国、国际组织缔结的条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件中规定免于查封、扣押、冻结的财产；
- (八) 法律或者司法解释规定的其他不得查封、扣押、冻结的财产。

第六条 对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。

第七条 对于超过被执行人及其所扶养家属生活所必需的房屋和生活用品，人民法院根据申请执行人的申请，在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准所必需的居住房屋和普通生活必需品后，可予以执行。

第八条 查封、扣押动产的，人民法院可以直接控制该项财产。人民法院将查封、扣押的动产交付其他人控制的，应当在该动产上加贴封条或者采取其他足以公示查封、扣押的适当方式。

第九条 查封不动产的，人民法院应当张贴封条或者公告，并可以提取保存有关财产权证照。

查封、扣押、冻结已登记的不动产、特定动产及其他财产权，应当通知有关登记机关办理登记手续。未办理登记手续的，不得对抗其他已经办理了登记手续的查封、扣押、冻结行为。

第十条 查封尚未进行权属登记的建筑物时，人民法院应当通知其管理人或者该建筑物的实际占有人，并在显著位置张贴公告。

第十一条 扣押尚未进行权属登记的机动车辆时，人民法院应当在扣押清单上记载该机动车辆的发动机编号。该车辆在扣押期间权利人要求办理权属登记手续的，人民法院应当准许并及时办理相应的扣押登记手续。

第十二条 查封、扣押的财产不宜由人民法院保管的，人民法院可以指定被执行人负责保管；不宜由被执行人保管的，可以委托第三人或者申请执行人保管。

由人民法院指定被执行人保管的财产，如果继续使用对该财产的价值无重大影响，可以允许被执行人继续使用；由人民法院保管或者委托第三人、申请执行人保管的，保管人不得使用。

第十三条 查封、扣押、冻结担保物权人占有的担保财产，一般应当指定该担保物权人作为保管人；该财产由人民法院保管的，质权、留置权不因转移占有而消灭。

第十四条 对被执行人与其他人共有的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，并及时通知共有人。

共有人协议分割共有财产，并经债权人认可的，人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产；对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结，人民法院应当裁定予以解除。

共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。

诉讼期间中止对该财产的执行。

第十五条 对第三人为被执行人的利益占有的被执行人的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结；该财产被指定给第三人继续保管的，第三人不得将其交付给被执行人。

对第三人为自己的利益依法占有的被执行人的财产，人民法院可以查封、扣押、冻结，第三人可以继续占有和使用该财产，但不得将其交付给被执行人。







第三人无偿借用被执行人的财产的，不受前款规定的限制。

**第十六条** 被执行人将其财产出卖给第三人，第三人已经支付部分价款并实际占有该财产，但根据合同约定被执行人保留所有权的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人要求继续履行合同的，应当由第三人在合理期限内向人民法院交付全部余款后，裁定解除查封、扣押、冻结。

**第十七条** 被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，人民法院不得查封、扣押、冻结。

**第十八条** 被执行人购买第三人的财产，已经支付部分价款并实际占有该财产，但第三人依合同约定保留所有权，申请执行人已向第三人支付剩余价款或者第三人书面同意剩余价款从该财产变价款中优先支付的，人民法院可以查封、扣押、冻结。

第三人依法解除合同的，人民法院应当准许，已经采取的查封、扣押、冻结措施应当解除，但人民法院可以依据申请执行人的申请，执行被执行人因支付价款而形成的对该第三人的债权。

**第十九条** 被执行人购买需要办理过户登记的第三人的财产，已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，虽未办理产权过户登记手续，但申请执行人已向第三人支付剩余价款或者第三人同意剩余价款从该财产变价款中优先支付的，人民法院可以查封、扣押、冻结。

**第二十条** 查封、扣押、冻结被执行人的财产时，执行人员应当制作笔录，载明下列内容：

- (一) 执行措施开始及完成的时间；
- (二) 财产的所在地、种类、数量；
- (三) 财产的保管人；
- (四) 其他应当记明的事项。

执行人员及保管人应当在笔录上签名，有民事诉讼法第二百二十四条规定的人员到场的，到场人员也应当在笔录上签名。

**第二十一条** 查封、扣押、冻结被执行人的财产，以其价额足以清偿法律文书确定的债权额及执行费用为限，不得明显超标的额查封、扣押、冻结。

发现超标的额查封、扣押、冻结的，人民法院应当根据被执行人的申请或者依职权，及时解除对超标的额部分财产的查封、扣押、冻结，但该财产为不可分物且被执行人无其他可供执行的财产或者其他财产不足以清偿债务的除外。

**第二十二条** 查封、扣押的效力及于查封、扣押物的从物和天然孳息。

**第二十三条** 查封地上建筑物的效力及于该地上建筑物使用范围内的土地使用权，查封土地使用权的效力及于地上建筑物，但土地使用权与地上建筑物的所有权分属被执行人与他人的除外。

地上建筑物和土地使用权的登记机关不是同一机关的，应当分别办理查封登记。

**第二十四条** 查封、扣押、冻结的财产灭失或者毁损的，查封、扣押、冻结的效力及于该财产的替代物、赔偿款。人民法院应当及时作出查封、扣押、冻结该替代物、赔偿款的裁定。

**第二十五条** 查封、扣押、冻结协助执行通知书在送达登记机关时，登记机关已经受理被执行人转让不动产、特定动产及其他财产的过户登记申请，尚未核准登记的，应当协助人民法院执行。人民法院不得对登记机关已经核准登记的被执行人已转让的财产实施查封、扣押、冻结措施。

查封、扣押、冻结协助执行通知书在送达登记机关时，其他人民法院已向该登记机关送达了过户登记协助执行通知书的，应当优先办理过户登记。

**第二十六条** 被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。

第三人未经人民法院准许占有查封、扣押、冻结的财产或者实施其他有碍执行的行为的，人民法院可以依据申请执行人的申请或者依职权解除其占有或者排除其妨害。

人民法院的查封、扣押、冻结没有公示的，其效力不得对抗善意第三人。

**第二十七条** 人民法院查封、扣押被执行人设定最高额抵押权的抵押物的，应当通知抵押权人。抵押权人受抵押担保的债权数额自收到人民法院通知时起不再增加。

人民法院虽然没有通知抵押权人，但有证据证明抵押权人知道查封、扣押事实的，受抵押担保的债权数额从其知道该事实时起不再增加。



第二十八条 对已被人民法院查封、扣押、冻结的财产，其他人民法院可以进行轮候查封、扣押、冻结。查封、扣押、冻结解除的，登记在先的轮候查封、扣押、冻结即自动生效。

其他人民法院对已登记的财产进行轮候查封、扣押、冻结的，应当通知有关登记机关协助进行轮候登记，实施查封、扣押、冻结的人民法院应当允许其他人民法院查阅有关文书和记录。

其他人民法院对没有登记的财产进行轮候查封、扣押、冻结的，应当制作笔录，并经实施查封、扣押、冻结的人民法院执行人员及被执行人签字，或者书面通知实施查封、扣押、冻结的人民法院。

第二十九条 人民法院冻结被执行人的银行存款及其他资金的期限不得超过六个月，查封、扣押动产的期限不得超过一年，查封不动产、冻结其他财产权的期限不得超过二年。法律、司法解释另有规定的除外。

申请执行人申请延长期限的，人民法院应当在查封、扣押、冻结期限届满前办理续行查封、扣押、冻结手续，续行期限不得超过前款规定期限的二分之一。

第三十条 查封、扣押、冻结期限届满，人民法院未办理延期手续的，查封、扣押、冻结的效力消灭。

查封、扣押、冻结的财产已经被执行拍卖、变卖或者抵债的，查封、扣押、冻结的效力消灭。

第三十一条 有下列情形之一的，人民法院应当作出解除查封、扣押、冻结裁定，并送达申请执行人、被执行人或者案外人：

（一）查封、扣押、冻结案外人财产的；

（二）申请执行人撤回执行申请或者放弃债权的；

（三）查封、扣押、冻结的财产流拍或者变卖不成，申请执行人和其他执行债权人又不同意接受抵债的；

（四）债务已经清偿的；

（五）被执行人提供担保且申请执行人同意解除查封、扣押、冻结的；

（六）人民法院认为应当解除查封、扣押、冻结的其他情形。

解除以登记方式实施的查封、扣押、冻结的，应当向登记机关发出协助执行通知书。

第三十二条 财产保全裁定和先予执行裁定的执行适用本规定。

### 《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》

第一条 在执行程序中，被执行人的财产被查封、扣押、冻结后，人民法院应当及时进行拍卖、变卖或者采取其他执行措施。

第二条 人民法院对查封、扣押、冻结的财产进行变价处理时，应当首先采取拍卖的方式，但法律、司法解释另有规定的除外。

第三条 人民法院拍卖被执行人财产，应当委托具有相应资质的拍卖机构进行，并对拍卖机构的拍卖进行监督，但法律、司法解释另有规定的除外。

第四条 对拟拍卖的财产，人民法院应当委托具有相应资质的评估机构进行价格评估。对于财产价值较低或者价格依照通常方法容易确定的，可以不进行评估。

当事人双方及其他执行债权人申请不进行评估的，人民法院应当准许。

对被执行人的股权进行评估时，人民法院可以责令有关企业提供会计报表等资料；有关企业拒不提供的，可以强制提取。

第五条 评估机构由当事人协商一致后经人民法院审查确定；协商不成的，从负责执行的人民法院或者被执行人财产所在地的人民法院确定的评估机构名册中，采取随机的方式确定；当事人双方申请通过公开招标方式确定评估机构的，人民法院应当准许。

第六条 人民法院收到评估机构作出的评估报告后，应当在五日内将评估报告发送当事人及其他利害关系人。当事人或者其他利害关系人对评估报告有异议的，可以在收到评估报告后十日内以书面形式向人民法院提出。

当事人或者其他利害关系人有证据证明评估机构、评估人员不具备相应的评估资质或者评估程序严重违法而申请重新评估的，人民法院应当准许。

第七条 拍卖机构由当事人协商一致后经人民法院审查确定；协商不成的，从负责执行的人民法院或者被执行人财产所在地的人民法院确定的拍卖机构名册中，采取随机的方式确定；当事人双方申请通过公开招标方式确定拍卖机构的，人民法院应当准许。

第八条 拍卖应当确定保留价。



拍卖保留价由人民法院参照评估价确定；未作评估的，参照市价确定，并应当征询有关当事人的意见。

人民法院确定的保留价，第一次拍卖时，不得低于评估价或者市价的百分之八十；如果出现流拍，再行拍卖时，可以酌情降低保留价，但每次降低的数额不得超过前次保留价的百分之二十。

**第九条** 保留价确定后，依据本次拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能的，应当在实施拍卖前将有关情况通知申请执行人。申请执行人于收到通知后五日内申请继续拍卖的，人民法院应当准许，但应当重新确定保留价；重新确定的保留价应当大于该优先债权及强制执行费用的总额。

依照前款规定流拍的，拍卖费用由申请执行人负担。

**第十条** 执行人员应当对拍卖财产的权属状况、占有使用情况等进行必要的调查，制作拍卖财产现状的调查笔录或者收集其他有关资料。

**第十一条** 拍卖应当先期公告。

拍卖动产的，应当在拍卖七日前公告；拍卖不动产或者其他财产权的，应当在拍卖十五日前公告。

**第十二条** 拍卖公告的范围及媒体由当事人双方协商确定；协商不成的，由人民法院确定。拍卖财产具有专业属性的，应当同时在专业性报纸上进行公告。

当事人申请在其他新闻媒体上公告或者要求扩大公告范围的，应当准许，但该部分的公告费用由其自行承担。

**第十三条** 拍卖不动产、其他财产权或者价值较高的动产的，竞买人应当于拍卖前向人民法院预交保证金。申请执行人参加竞买的，可以不预交保证金。保证金的数额由人民法院确定，但不得低于评估价或者市价的百分之五。

应当预交保证金而未缴纳的，不得参加竞买。拍卖成交后，买受人预交的保证金充抵价款，其他竞买人预交的保证金应当在三日内退还；拍卖未成交的，保证金应当于三日内退还竞买人。

**第十四条** 人民法院应当在拍卖五日前以书面或者其他能够确认收悉的适当方式，通知当事人和已知的担保物权人、优先购买权人或者其他优先权人于拍卖日到场。

优先购买权人经通知未到场的，视为放弃优先购买权。

**第十五条** 法律、行政法规对买受人的资格或者条件有特殊规定的，竞买人应当具备规定的资格或者条件。

申请执行人、被执行人可以参加竞买。

**第十六条** 拍卖过程中，有最高应价时，优先购买权人可以表示以该最高价买受，如无更高应价，则拍归优先购买权人；如有更高应价，而优先购买权人不作表示的，则拍归该应价最高的竞买人。

顺序相同的多个优先购买权人同时表示买受的，以抽签方式决定买受人。

**第十七条** 拍卖多项财产时，其中部分财产卖得的价款足以清偿债务和支付被执行人应当负担的费用，对剩余的财产应当停止拍卖，但被执行人同意全部拍卖的除外。

**第十八条** 拍卖的多项财产在使用上不可分，或者分别拍卖可能严重减损其价值的，应当合并拍卖。

**第十九条** 拍卖时无人竞买或者竞买人的最高应价低于保留价，到场的申请执行人或者其他执行债权人申请或者同意以该次拍卖所定的保留价接受拍卖财产的，应当将该财产交其抵债。

有两个以上执行债权人申请以拍卖财产抵债的，由法定受偿顺位在先的债权人优先承受；受偿顺位相同的，以抽签方式决定承受人。承受人应受清偿的债权额低于抵债财产的价额的，人民法院应当责令其在指定的期间内补交差额。

**第二十条** 在拍卖开始前，有下列情形之一的，人民法院应当撤回拍卖委托：

- （一）据以执行的生效法律文书被撤销的；
- （二）申请执行人及其他执行债权人撤回执行申请的；
- （三）被执行人全部履行了法律文书确定的金钱债务的；
- （四）当事人达成了执行和解协议，不需要拍卖财产的；
- （五）案外人对拍卖财产提出确有理由的异议的；
- （六）拍卖机构与竞买人恶意串通的；
- （七）其他应当撤回拍卖委托的情形。

**第二十一条** 人民法院委托拍卖后，遇有依法应当暂缓执行或者中止执行的情形的，应当决定暂缓执行或者裁定中止执行，并及时通知拍卖机构和当事人。拍卖机构收到通知后，应当立即停止拍卖，并通知



竞买人。

暂缓执行期限届满或者中止执行的事由消失后, 需要继续拍卖的, 人民法院应当在十五日内通知拍卖机构恢复拍卖。

第二十二條 被執行人在拍賣日之前向人民法院提交足額金錢清償債務, 要求停止拍賣的, 人民法院應當准許, 但被執行人應當負擔因拍賣支出的必要費用。

第二十三條 拍賣成交或者以流拍的財產抵債的, 人民法院應當作出裁定, 並於價款或者需要補交的差價全額交付後十日內, 送達買受人或者承受人。

第二十四條 拍賣成交後, 買受人應當在拍賣公告確定的期限或者人民法院指定的期限內將價款交付到人民法院或者匯入人民法院指定的賬戶。

第二十五條 拍賣成交或者以流拍的財產抵債後, 買受人逾期未支付價款或者承受人逾期未補交差價而使拍賣、抵債的目的難以實現的, 人民法院可以裁定重新拍賣。重新拍賣時, 原買受人不得參加競買。

重新拍賣的價款低於原拍賣價款造成的差價、費用損失及原拍賣中的佣金, 由原買受人承擔。人民法院可以直接從其預交的保證金中扣除。扣除後保證金有剩餘的, 應當退還原買受人; 保證金數額不足的, 可以責令原買受人補交; 拒不補交的, 強制執行。

第二十六條 拍賣時無人競買或者競買人的最高應價低於保留價, 到場的申請執行人或者其他執行債權人不申請以該次拍賣所定的保留價抵債的, 應當在六十日內再行拍賣。

第二十七條 對於第二次拍賣仍流拍的動產, 人民法院可以依照本規定第十九條的規定將其作價交申請執行人或者其他執行債權人抵債。申請執行人或者其他執行債權人拒絕接受或者依法不能交付其抵債的, 人民法院應當解除查封、扣押, 並將該動產退還被執行人。

第二十八條 對於第二次拍賣仍流拍的不動產或者其他財產權, 人民法院可以依照本規定第十九條的規定將其作價交申請執行人或者其他執行債權人抵債。申請執行人或者其他執行債權人拒絕接受或者依法不能交付其抵債的, 應當在六十日內進行第三次拍賣。

第三次拍賣流拍且申請執行人或者其他執行債權人拒絕接受或者依法不能接受該不動產或者其他財產權抵債的, 人民法院應當於第三次拍賣終結之日起七日內發出變賣公告。自公告之日起六十日內沒有買受人願意以第三次拍賣的保留價買受該財產, 且申請執行人、其他執行債權人仍不表示接受該財產抵債的, 應當解除查封、凍結, 將該財產退還被執行人, 但對該財產可以采取其他執行措施的除外。

第二十九條 動產拍賣成交或者抵債後, 其所有權自該動產交付時起轉移給買受人或者承受人。

不動產、有登記的特定動產或者其他財產權拍賣成交或者抵債後, 該不動產、特定動產的所有權、其他財產權自拍賣成交或者抵債裁定送達買受人或者承受人時起轉移。

第三十條 人民法院裁定拍賣成交或者以流拍的財產抵債後, 除有依法不能移交的情形外, 應當於裁定送達後十五日內, 將拍賣的財產移交買受人或者承受人。被執行人或者第三人占有拍賣財產應當移交而拒不移交的, 強制執行。

第三十一條 拍賣財產上原有的擔保物權及其他優先受償權, 因拍賣而消滅, 拍賣所得價款, 應當優先清償擔保物權人及其他優先受償權人的債權, 但當事人另有約定的除外。

拍賣財產上原有的租賃權及其他用益物權, 不因拍賣而消滅, 但該權利繼續存在於拍賣財產上, 對在先的擔保物權或者其他優先受償權的實現有影響的, 人民法院應當依法將其除去後進行拍賣。

第三十二條 拍賣成交的, 拍賣機構可以按照下列比例向買受人收取佣金:

拍賣成交價 200 萬元以下的, 收取佣金的比例不得超過 5%; 超過 200 萬元至 1 000 萬元的部分, 不得超過 3%; 超過 1 000 萬元至 5 000 萬元的部分, 不得超過 2%; 超過 5 000 萬元至 1 億元的部分, 不得超過 1%; 超過 1 億元的部分, 不得超過 0.5%。

采取公開招標方式確定拍賣機構的, 按照中標方案確定的數額收取佣金。

拍賣未成交或者非因拍賣機構的原因撤回拍賣委託的, 拍賣機構為本次拍賣已經支出的合理費用, 應當由被執行人負擔。

第三十三條 在執行程序中拍賣上市公司國有股和社會法人股的, 適用最高人民法院《關於凍結、拍賣上市公司國有股和社會法人股若干問題的規定》。

第三十四條 對查封、扣押、凍結的財產, 當事人雙方及有關權利人同意變賣的, 可以變賣。

金銀及其制品、當地市場有公開交易價格的動產、易腐爛變質的物品、季節性商品、保管困難或者保管費用過高的物品, 人民法院可以決定變賣。





第三十五条 当事人双方及有关权利人对变卖财产的价格有约定的,按照其约定价格变卖;无约定价格但有市价的,变卖价格不得低于市价;无市价但价值较大、价格不易确定的,应当委托评估机构进行评估,并按照评估价格进行变卖。

按照评估价格变卖不成的,可以降低价格变卖,但最低的变卖价不得低于评估价的二分之一。

变卖的财产无人应买的,适用本规定第十九条的规定将该财产交申请执行人或者其他执行债权人抵债;申请执行人或者其他执行债权人拒绝接受或者依法不能交付其抵债的,人民法院应当解除查封、扣押,并将该财产退还被执行人。

第三十六条 本规定自2005年1月1日起施行。施行前本院公布的司法解释与本规定不一致的,以本规定为准。

## 法条精解

上述法条对查封财产的保管,对查封、扣押、冻结财产的变卖、拍卖作出了规定,注意掌握相关内容。

## 重点法条

第二百二十四条 被执行人不履行法律文书确定的义务,并隐匿财产的,人民法院有权发出搜查令,对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。

采取前款措施,由院长签发搜查令。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

30. 被执行人拒绝按人民法院的要求提供其有关财产状况的证据材料的,人民法院可以按照民事诉讼法第二百二十七条的规定进行搜查。

31. 人民法院依法搜查时,对被执行人可能存放隐匿的财物及有关证据材料的处所、箱柜等,经责令被执行人开启而拒不配合的,可以强制开启。

## 法条精解

上述法条系对搜查被执行人财产的规定,注意把握。

## 重点法条

第二百二十六条 强制迁出房屋或者强制退出土地,由院长签发公告,责令被执行人在指定期间履行。被执行人逾期不履行的,由执行员强制执行。

强制执行时,被执行人是公民的,应当通知被执行人或者他的成年家属到场;被执行人是法人或者其他组织的,应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的,不影响执行。被执行人是公民的,其工作单位或者房屋、土地所在地的基层组织应当派人参加。执行员应当将强制执行情况记入笔录,由在场人签名或者盖章。

强制迁出房屋被搬出的财物,由人民法院派人运至指定处所,交给被执行人。被执行人是公民的,也可以交给他的成年家属。因拒绝接收而造成的损失,由被执行人承担。

第二百二十七条 在执行中,需要办理有关财产权证照转移手续的,人民法院可以向有关单位发出协助执行通知书,有关单位必须办理。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

292. 人民法院在执行中需要办理房产证、土地证、山林所有权证、专利证书、商标证书、车辆执照等有关财产权证照转移手续的,可以依照民事诉讼法第二百三十条规定办理。

## 法条精解

把握以下知识点:

1. 强制迁出房屋和退出土地都必须由院长签发公告。

2. 被执行人为自然人的,应当通知本人或其成年家属到场,并且工作单位或基层组织要派人参加;被执行人是法人或者其他组织的,必须通知其法定代表人或主要负责人到场。在场人员要签名或盖章。



3. 迁出财产应当交给被执行人。
4. 因被执行人拒收造成财物损失的, 人民法院不负责。

## 重点法条

第二百二十九条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的, 应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的, 应当支付迟延履行金。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

293. 被执行人迟延履行的, 迟延履行期间的利息或迟延履行金自判决、裁定和其他法律文书指定的履行期间届满的次日起计算。

294. 民事诉讼法第二百三十二条规定的加倍支付迟延履行期间的债务利息, 是指在按银行同期贷款最高利率计付的债务利息上增加一倍。

295. 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行非金钱给付义务的, 无论是否已给申请执行人造成损失, 都应当支付迟延履行金。已经造成损失的, 双倍补偿申请执行人已经受到的损失; 没有造成损失的, 迟延履行金可以由人民法院根据具体案件情况决定。

## 法条精解

1. 对迟延履行债务有两种惩罚方式, 一种是因为迟延履行金钱债务而支付迟延利息, 另一种是因为迟延履行非金钱债务而支付迟延履行金。
2. 非金钱给付义务主要包括: 赔礼道歉、恢复原状及停止侵害等。
3. 迟延利息、迟延履行金应当从履行期满的次日起开始计算。
4. 迟延利息的确定: 在原债务利息的基础上增加一倍作为迟延利息。

## 真题示例

1. (2005-3-73) 甲在网上发表文章指责某大学教授乙编造虚假的学术经历, 乙为此起诉。经审理, 甲被判赔礼道歉, 但甲拒绝履行该义务。对此, 法院可采取下列哪些措施?

- A. 由甲支付迟延履行金
- B. 采取公告、登报等方式, 将判决的主要内容公布于众, 费用由甲负担
- C. 决定罚款
- D. 决定拘留

答案: BCD。

解析: 根据《民事诉讼法》第 229 条, 选项 A 正确。根据最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》, 侵权人拒不执行生效判决, 不为对方恢复名誉、消除影响的, 人民法院可以采取公告、登报等方式, 将判决的主要内容和有关情况公布于众, 费用由被执行人负担, 并可依照《民事诉讼法》第 102 条第 6 项的规定处理, 即人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。因此, 选项 B、C、D 正确。

2. (2008-3-100) 某省海兴市的《现代企业经营》杂志刊登了一篇自由撰稿人吕某所写的报道, 内容涉及同省龙门市甲公司的经营方式。甲公司负责人汪某看到该篇文章后, 认为《现代企业经营》作为一本全省范围内发行的杂志, 其所发文章内容严重失实, 损害了甲公司的名誉, 使公司的经营受到影响。于是甲公司向法院起诉要求《现代企业经营》杂志社和吕某赔偿损失 5 万元, 并进行赔礼道歉。一审法院仅判决杂志社赔偿甲公司 3 万元, 未对“赔礼道歉”的请求进行处理。杂志社认为赔偿数额过高, 不服一审判决提起上诉。

如果法院作出终审判决, 杂志社赔偿甲公司 1 万元, 并登报进行赔礼道歉。杂志社履行了赔偿义务, 但拒绝赔礼道歉。如果甲公司要求法院强制执行, 法院可以采取的措施有:

- A. 采取公告、登报等方式, 将判决的主要内容公布于众, 费用由报社承担
- B. 对报社负责人予以罚款、拘留
- C. 由报社支付迟延履行金



D. 如果构成犯罪,可以追究报社负责人刑事责任

答案: ABCD。

解析: 根据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第10条规定, A的说法正确, 当选。根据《民事诉讼法》第229条规定, C正确, 当选。第102条规定, B和D的说法正确, 当选。本题正确答案是ABCD。

## 重点法条

第二百三十条 人民法院采取本法第二百一十八条、第二百一十九条、第二百二十条规定的执行措施后, 被执行人仍不能偿还债务的, 应当继续履行义务。债权人发现被执行人有其他财产的, 可以随时请求人民法院执行。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

296. 债权人依照民事诉讼法第二百三十三条的规定请求人民法院继续执行的, 不受民事诉讼法第二百一十九条所定期限的限制。

297. 被执行人为公民或者其他组织, 在执行程序开始后, 被执行人的其他已经取得执行依据的或者已经起诉的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的, 可以向人民法院申请参与分配。

298. 申请参与分配, 申请人应提交申请书, 申请书应写明参与分配和被执行人不能清偿所有债权的事实和理由, 并附有执行依据。

参与分配申请应当在执行程序开始后, 被执行人的财产被清偿前提出。

299. 被执行人为公民或者其他组织, 在有其他已经取得执行依据的债权人申请参与分配的执行中, 被执行人的财产参照民事诉讼法第二百零四条规定的顺序清偿, 不足清偿同一顺序的, 按照比例分配。清偿后的剩余债务, 被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的, 可以随时请求人民法院执行。

300. 被执行人不能清偿债务, 但对第三人享有到期债权的, 人民法院可依申请执行人的申请, 通知该第三人向申请执行人履行债务。该第三人对债务没有异议但又在通知指定的期限内不履行的, 人民法院可以强制执行。

301. 经申请执行人和被执行人同意, 可以不经拍卖、变卖, 直接将被执行人的财产作价交申请执行人抵偿债务, 对剩余债务, 被执行人应当继续清偿。

302. 被执行人的财产无法拍卖或变卖的, 经申请执行人同意, 人民法院可以将该项财产作价后交付申请执行人抵偿债务, 或者交付申请执行人管理; 申请执行人拒绝接收或管理的, 退回被执行人。

303. 在人民法院执行完毕后, 被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的, 人民法院应当采取措施, 排除妨害, 并可以依照民事诉讼法第一百零二条的规定处理。因妨害行为给申请执行人或者其他人造成损失的, 受害人可以另行起诉。

### 《执行规定》

61. 被执行人不能清偿债务, 但对本案以外的第三人享有到期债权的, 人民法院可以依申请执行人或被执行人的申请, 向第三人发出履行到期债务的通知(以下简称履行通知)。履行通知必须直接送达第三人。

履行通知应当包含下列内容:

- (1) 第三人直接向申请执行人履行其对被执行人所负的债务, 不得向被执行人清偿;
- (2) 第三人应当在收到履行通知后的十五日内向申请执行人履行债务;
- (3) 第三人对履行到期债权有异议的, 应当在收到履行通知后的十五日内向执行法院提出;
- (4) 第三人违背上述义务的法律后果。

62. 第三人对履行通知的异议一般应当以书面形式提出, 口头提出的, 执行人员应记入笔录, 并由第三人签字或盖章。

63. 第三人在履行通知指定的期间内提出异议的, 人民法院不得对第三人强制执行, 对提出的异议不进行审查。

64. 第三人提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系, 不属于本规定所指的异议。

第三人对债务部分承认、部分有异议的, 可以对其承认的部分强制执行。

65. 第三人在履行通知指定的期限内没有提出异议, 而又不履行的, 执行法院有权裁定对其强制执行。



此裁定同时送达第三人和被执行人。

66. 被执行人收到人民法院履行通知后, 放弃其对第三人的债权或延缓第三人履行期限的行为无效, 人民法院仍可在第三人无异议又不履行的情况下予以强制执行。

67. 第三人收到人民法院要求其履行到期债务的通知后, 擅自向被执行人履行, 造成已向被执行人履行的财产不能追回的, 除在已履行的财产范围内与被执行人承担连带清偿责任外, 可以追究其妨害执行的责任。

68. 在对第三人作出强制执行裁定后, 第三人确无财产可供执行的, 不得就第三人对他人享有的到期债权强制执行。

69. 第三人按照人民法院履行通知向申请执行人履行了债务或已被强制执行后, 人民法院应当出具有关证明。

### 《执行解释》

第三十六条 依照民事诉讼法第二百三十一条规定对被执行人限制出境的, 应当由申请执行人向执行法院提出书面申请; 必要时, 执行法院可以依职权决定。

第三十七条 被执行人为单位的, 可以对其法定代表人、主要负责人或者影响债务履行的直接责任人员限制出境。

被执行人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的, 可以对其法定代理人限制出境。

第三十八条 在限制出境期间, 被执行人履行法律文书确定的全部债务的, 执行法院应当及时解除限制出境措施; 被执行人提供充分、有效的担保或者申请执行人同意的, 可以解除限制出境措施。

第三十九条 依照民事诉讼法第二百三十一条的规定, 执行法院可以依职权或者依申请执行人的申请, 将被执行人不履行法律文书确定义务的信息, 通过报纸、广播、电视、互联网等媒体公布。

媒体公布的有关费用, 由被执行人负担; 申请执行人申请在媒体公布的, 应当垫付有关费用。

第四十条 本解释施行前本院公布的司法解释与本解释不一致的, 以本解释为准。

### 法条精解

本条是关于继续履行的。注意如果债权人发现被执行人有其他财产的, 可以随时请求人民法院执行。

### 真题示例

1. (2007-3-84) 甲公司对乙公司的 50 万元债权经法院裁判后进入到强制执行程序, 被执行人乙公司不能清偿债务, 但对第三人 (即丙公司) 享有 30 万元的到期债权。甲公司欲申请法院对被执行人的到期债权予以执行。关于该执行程序, 下列哪些选项是错误的?

- A. 丙公司应在接到法院发出的履行到期债务通知后的 30 日内, 向甲公司履行债务或提出异议
- B. 丙公司如果对法院的履行通知提出异议, 必须采取书面方式
- C. 丙公司在履行通知指定的期间内提出异议的, 法院应当对提出的异议进行审查
- D. 在对丙公司作出强制执行裁定后, 丙公司确无财产可供执行的, 法院可以就丙公司对他人享有的到期债权强制执行

答案: ABCD。

解析: 本题考查的是《执行规定》的相关内容, 根据该规定第 61 条, A 的说法是错误的, 应该是 15 日内, 而不是 30 日内; 根据该规定第 62 条, B 的说法太绝对, 也是不正确的。根据该规定第 63 条, C 是错误的。根据该规定第 68 条, D 是错误的。本题符合题意的选项是 ABCD。

2. (2006-3-78) 甲向法院申请执行乙的财产, 乙除对案外人丙享有到期债权外, 并无其他财产可供执行。法院根据甲的申请, 通知丙向甲履行债务。但丙提出其与乙之间的债权债务关系存在争议, 拒不履行。法院对此如何处理?

- A. 强制执行丙的财产
- B. 不得对丙强制执行
- C. 中止对乙的执行
- D. 裁定驳回甲对乙的执行申请

答案: BC。

解析: 根据《执行规定》第 63 条规定, 因丙已经提出异议, 所以不对丙实行强制执行, 所以 B 项是正确的, A 项是错误的。根据《执行规定》第 102 条规定, C 项是正确的, D 项是错误的。





第二百三十二条 有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：

- (一) 申请人表示可以延期执行的；
- (二) 案外人对执行标的提出确有理由的异议的；
- (三) 作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的；
- (四) 作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；
- (五) 人民法院认为应当中止执行的其他情形。

中止的情形消失后，恢复执行。

第二百三十三条 有下列情形之一的，人民法院裁定终结执行：

- (一) 申请人撤销申请的；
- (二) 据以执行的法律文书被撤销的；
- (三) 作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；
- (四) 追索赡养费、扶养费、抚养费案件的权利人死亡的；
- (五) 作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；
- (六) 人民法院认为应当终结执行的其他情形。

#### 【关联法条】

#### 《执行规定》

102. 有下列情形之一的，人民法院应当依照民事诉讼法第二百三十四条第一款第五项的规定裁定中止执行：

- (1) 人民法院已受理以被执行人为债务人的破产申请的；
- (2) 被执行人确无财产可供执行的；
- (3) 执行的标的物是其他法院或仲裁机构正在审理的案件争议标的物，需要等待该案件审理完毕确定权属的；
- (4) 一方当事人申请执行仲裁裁决，另一方当事人申请撤销仲裁裁决的；
- (5) 仲裁裁决的被申请执行人依据民事诉讼法第二百一十七条第二款的规定向人民法院提出不予执行请求，并提供适当担保的。

103. 按照审判监督程序提审或再审的案件，执行机构根据上级法院或本院作出的中止执行裁定书中止执行。

104. 中止执行的情形消失后，执行法院可以根据当事人的申请或依职权恢复执行。

恢复执行应当书面通知当事人。

105. 在执行中，被执行人被人民法院裁定宣告破产的，执行法院应当依照民事诉讼法第二百三十五条第六项的规定，裁定终结执行。

106. 中止执行和终结执行的裁定书应当写明中止或终结执行的理由和法律依据。

107. 人民法院执行生效法律文书，一般应当在立案之日起六个月内执行结案，但中止执行的期间应当扣除。确有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

108. 执行结案的方式为：

- (1) 生效法律文书确定的内容全部执行完毕；
- (2) 裁定终结执行；
- (3) 裁定不予执行；
- (4) 当事人之间达成执行和解协议并已履行完毕。

#### 法条精解

以上是对执行中止和执行终结的规定，要把握执行中止和执行终结的情形。此外，执行中止和执行终结要采用裁定的形式，裁定送达当事人后立即生效。

第二百三十六条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的



规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

第二百三十七条 对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

第二百三十八条 人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

第二百三十九条 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。

第二百四十条 在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

304. 当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。

308. 涉外民事诉讼中的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使、领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有外交特权和豁免权。

309. 涉外民事诉讼中，外国驻华使、领馆授权其本馆官员，在作为当事人的本国国民不在我国领域内的情况下，可以以外交代表身份为其本国国民在我国聘请中国律师或中国公民代理民事诉讼。

### 法条精解

关于涉外民事诉讼的一般原则，应掌握：

1. 适用我国《民事诉讼法》的原则：外国人、无国籍人或外国企业和组织在我国起诉、应诉，适用我国民事诉讼法；凡是属于我国人民法院管辖的案件，我国人民法院享有管辖权；外国法院的裁判须经我国法院依法审查并予认可后，才能在我国领域内发生法律效力。

2. 适用我国缔结或参加的国际条约的原则，当国际公约中的规定与国内法有冲突时，适用公约的规定，但是对于我国声明保留的条款除外。

3. 司法豁免原则，民事司法豁免是一种有限的豁免。即享有司法豁免权的人其所属国主管机关宣布放弃司法豁免的，或享有司法豁免权的人向驻在国起诉引起反诉的，均不享有豁免权。

4. 委托中国律师代理诉讼的原则，外国人、无国籍人或我国企业和组织在中国起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，只能委托中国律师代理诉讼，外国律师不能以律师的身份参加诉讼；外国驻华使、领馆官员受本国公民的委托，可以以个人名义（不属于职务做法）担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有司法豁免权；外国驻华使、领馆可以授权本馆的官员以外交代表的身份为其本国当事人在中国聘请诉讼代理人。

在我国领域内没有住所的外国人、无国籍人或者外国企业和组织委托中国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使、领馆认证，或者履行中华人民共和国与所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

5. 使用我国通用的语言、文字原则，人民法院审理涉外民事案件，应当使用我国通用的语言、文字；当事人规定提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

以上内容，均规定在以上几个法条中，注意掌握。

### 真题示例

（2008-3-90）根据《民事诉讼法》规定，关于涉外民事诉讼，下列哪些选项是正确的？

- A. 基层法院可以管辖相应的涉外案件
- B. 经我国法院同意，外国当事人可以委托其本国律师以律师名义代理诉讼
- C. 当事人在诉讼中达成调解协议的，可以要求法院依调解协议的内容制作判决书
- D. 住所在我国领域内的当事人，对一审判决不服提起上诉的期限是15日

答案：ACD。



**解析：**根据我国法律规定，中级人民法院对第一审重大涉外案件有管辖权，因此，一般的非重大涉外案件由基层人民法院管辖，故 A 项的说法正确。根据《民事诉讼法》第 239 条规定，B 项的说法错误。根据《民诉意见》第 310 条规定，C 项的说法也正确。在涉外民事诉讼中，如果当事人在我国领域内有住所，则适用民事诉讼法关于期间的一般规定。《民事诉讼法》第 147 条规定，D 项的说法正确。综上所述，本题的正确答案是 ACD。

## 重点法条

**第二百四十一条** 因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

**第二百四十二条** 涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

306. 中华人民共和国人民法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国人民法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同参加或者签订的国际条约另有规定的除外。

## 法条精解

以上两条是关于牵连管辖和协议管辖的规定：

1. 对于牵连管辖要注意以下几点：

(1) 适用范围：合同纠纷或其他财产权益纠纷。

(2) 适用条件：被告在中华人民共和国领域内没有住所，但是合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构。

(3) 管辖法院：由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

2. 对于协议管辖注意以下几点：

(1) 适用范围：涉外合同或涉外财产权益纠纷。

(2) 协议选择的法院的范围：有实际联系的地点的法院。

(3) 必须采取书面协议的形式。

(4) 不得违反关于级别管辖和专属管辖的规定。

## 真题示例

1. (2009-3-81) 关于非涉外民事诉讼与涉外民事诉讼的协议管辖，下列哪些说法是正确的？

A. 非涉外民事诉讼协议管辖只能就合同纠纷进行协议，涉外民事诉讼可协议管辖的范围不限于合同纠纷

B. 非涉外民事诉讼协议管辖只能书面明示，涉外民事诉讼协议管辖可以口头的方式

C. 涉外民事诉讼协议管辖可以协议选择的法院范围广于非涉外民事诉讼

D. 非涉外民事诉讼协议管辖不可约定房产买卖合同纠纷案件的管辖法院，涉外民事诉讼协议管辖可以约定房产买卖合同纠纷案件的管辖法院

**答案：**AC。

**解析：**根据《民事诉讼法》第 25 条和第 242 条规定可知，涉外案件协议管辖除了合同纠纷以外，其他财产纠纷也可以协议管辖。因此，A 选项正确。关于协议管辖的形式，无论是非涉外民事诉讼还是涉外民事诉讼的协议管辖，都必须采用书面形式选择法院，因此，B 项错误。关于涉外民事诉讼的管辖法院，只要与案件有实际联系的法院就可选，因此，C 项正确。此外，无论是非涉外民事诉讼还是涉外民事诉讼的



协议管辖，都不得违背级别管辖和专属管辖的规定。房屋买卖合同纠纷案件是不动产纠纷案件，只能由不动产所在地的人民法院管辖，不能协议管辖。因此，D项错误。综上所述，本题的正确答案为AC。

2. (四川2008-3-82) 中日合资的甲公司与设在日本的日本乙公司(其在中国没有住所)在中国A县订立一份购销合同，合同约定乙公司向甲公司出售5台电子设备，并由乙公司负责将该电子设备运到甲公司所在地的B县。此外，还约定一旦发生争议无论向哪国法院起诉，均适用日本民事诉讼法。在合同履行过程中，甲公司发现乙公司提供的产品中有2台电子设备存在严重质量瑕疵，经交涉未能解决，于是向我国法院起诉，要求乙公司承担违约责任。下列哪些选项是正确的？

- A. A县法院对本案有管辖权
- B. B县法院对本案有管辖权
- C. 本案应当适用中国民事诉讼法
- D. 本案应当适用日本民事诉讼法

答案：ABC。

解析：根据《民事诉讼法》第241条规定，本案可以由合同签订地即中国A县、合同履行地即中国B县人民法院管辖。故A项和B项的说法正确。此外，凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守我国的民事诉讼法。根据《民事诉讼法》第235条规定，C项的说法正确。综上所述，本题的正确答案是ABC。

### 重点法条

第二百四十三条 涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。

第二百四十四条 因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

#### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

305. 依照民事诉讼法第三十四条和第二百四十六条规定，属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。

### 法条精解

以上两个法条是关于应诉管辖和专属管辖的规定：

1. 对于应诉管辖，涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。

2. 对于专属管辖，仅适用于三类合同纠纷，在中华人民共和国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同纠纷。对于此类案件，当事人可以根据协议向中国或外国的仲裁机构申请仲裁。

### 真题示例

(2004-3-78) 下列关于涉外民事诉讼的表述，哪些符合民事诉讼法的规定？

- A. 被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院是有管辖权的法院
- B. 中外合资经营企业合同的中外双方当事人有权约定外方当事人所在国的法院管辖
- C. 财产保全可以依当事人申请进行，也可由法院主动依职权进行
- D. 当事人不服一审判决的，有权在判决送达之日起30日内提起上诉

答案：AD。

解析：根据《民事诉讼法》第243条规定，A选项正确。根据《民事诉讼法》第244条规定，B选项错误。涉外财产保全，当事人既可以在诉讼开始后提出申请，也可以在诉前申请保全。但是人民法院不能依职权进行保全，故C选项错误。根据《民事诉讼法》第247条规定，D选项正确。综上，本题的正确答案为AD。

### 重点法条

第二百四十五条 人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：







- (一) 依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；
- (二) 通过外交途径送达；
- (三) 对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；
- (四) 向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；
- (五) 向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；
- (六) 受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；
- (七) 不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满六个月，即视为送达。

第二百四十六条 被告在中华人民共和国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告，并通知被告在收到起诉状副本后三十日内提出答辩状。被告申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

第二百四十七条 在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起三十日内提起上诉。被上诉人在收到上诉状副本后，应当在三十日内提出答辩状。当事人不能在法定期间提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

第二百四十八条 人民法院审理涉外民事案件的期间，不受本法第一百三十五条、第一百五十九条规定的限制。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

311. 当事人双方分别居住在我国领域内和领域外，对第一审人民法院判决、裁定的上诉期，居住在我国领域内的为民事诉讼法第一百四十七条所规定的期限；居住在我国领域外的为三十日。双方的上诉期均已届满没有上诉的，第一审人民法院的判决、裁定即发生法律效力。

## 法条精解

根据上述法律规定，掌握下列相关知识：

### 1. 涉外民事诉讼送达的方式主要包括：

(1) 依条约规定的方式送达，即依照受送达人所在国与我国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达。

(2) 通过外交途径送达，即人民法院将需要送达的诉讼文书交给我国外交机关，由我国外交机关转交给受送达人所在国驻我国的外交机构，再由其转送该国的外交机关，然后由该国外交机关将诉讼文书转交给该国有管辖权的法院，最后由法院将其送达受送达人。注意是由外交机关进行转交。

(3) 由我国驻外国使、领馆代为送达。对住在外国的中国籍当事人可以由我国司法机关直接委托我国驻当事人所在国使、领馆代为送达诉讼文书。

(4) 向受送达人委托的人送达。

(5) 向受送达人设在我国的代表机构送达。

(6) 邮寄送达。在受送达人所在国的法律允许的情况下，可以邮寄送达。

(7) 公告送达。在以上几种送达方式都不能采用时，可以通过公告送达，公告送达的期间为6个月，自公告之日起满6个月的即视为送达。公告的时间应予注意。

2. 对于在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，其上诉期间和提交答辩状的期间比较特别，其上诉期间和提交答辩状的期间都是30日，而且还可以延长，是否准许，由人民法院决定，要注意区分。若当事人双方分别居住在我国领域内和领域外，对第一审人民法院判决、裁定的上诉期，居住在我国领域内的为《民事诉讼法》第147条所规定的期限；居住在我国领域外的为30日。双方的上诉期均已届满没有上诉的，第一审人民法院的判决、裁定即发生法律效力。

3. 此外，人民法院审理涉外民事诉讼的期间也比较特殊，根据法律的规定，不受本法第135条、第159条规定的限制。

## 真题示例

1. (2007-3-36) 关于涉外民事诉讼，下列哪一选项是正确的？

- A. 涉外民事诉讼中的司法豁免是无限的
- B. 当事人可以就涉外合同纠纷或者涉外财产权益纠纷协议确定管辖法院
- C. 涉外民事诉讼中，双方当事人的上诉期无论是一审判决还是不服裁定一律都是 30 日
- D. 对居住在国外的外国当事人，可以通过我国驻该国的使领馆代为送达诉讼文书

答案：B。

解析：A 的说法错误，我国的司法豁免不是无限的。涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖，B 选项的说法是正确的。根据《民诉意见》第 311 条规定，C 选项的说法过于绝对化，是错误的。根据《民事诉讼法》第 247 条的规定，D 选项的说法是错误的。综上所述，本题正确答案是 B。

2. (2002 - 3 - 79) 根据我国民事诉讼法规定，涉外民事诉讼中关于期间的特别规定适用于下列哪些当事人？

- A. 居住在我国领域内的外籍当事人
- B. 居住在我国领域外的外籍当事人
- C. 居住在我国领域内的中国籍当事人
- D. 居住在我国领域外的中国籍当事人

答案：BD。

解析：根据《民事诉讼法》第 246 条、第 247 条和《民诉意见》第 311 条规定，本题的正确选项为 BD。

### 重点法条

第二百四十九条 当事人依照本法第九十二条的规定可以向人民法院申请财产保全。

利害关系人依照本法第九十三条的规定可以在起诉前向人民法院申请财产保全。

第二百五十条 人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在三十日内提起诉讼。逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

第二百五十一条 人民法院裁定准许财产保全后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

第二百五十二条 申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

### 法条精解

关于涉外民事诉讼的财产保全，应注意以下几点：

1. 对于涉外财产保全，当事人既可以依照本法第 92 条的规定向人民法院申请财产保全，也可以依照本法第 93 条的规定在起诉前向人民法院申请财产保全，即当事人既可以在诉讼开始后提出申请，也可以在诉前申请保全。但是人民法院不能依职权开展保全。

2. 利害关系人申请诉讼前保全的，人民法院裁定准许保全后，申请人应当在 30 日内提起诉讼，逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

3. 人民法院裁定准许财产保全后，如果被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

4. 如果申请有错误，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所受的损失。

### 真题示例

(2008 - 3 - 50) 关于涉外民事诉讼及仲裁中相关问题的说法，下列哪一选项是错误的？

- A. 涉外民事诉讼的财产保全，只能依申请开始，法院不能依职权进行
- B. 涉外财产保全中的诉前财产保全，法院可以责令申请人提供担保
- C. 涉外仲裁裁决在外国的承认与执行，只能由当事人向有关外国法院申请
- D. 涉外民事判决的承认与执行，既可以由当事人向有管辖权的外国法院申请，也可以由人民法院请求外国法院承认与执行

答案：B。

解析：根据《民事诉讼法》第 249 条规定可知，A 选项的表述是正确的，不符合题意。《民事诉讼法》第 250 条并没有规定法院可以责令申请人提供担保，由此可知，B 选项的表述错误，符合题意。根据《民事诉讼法》第 264 条第 2 款规定，C 选项的说法本身是正确的，不符合本题题意，不当选。根据《民事诉讼法》第 264 条第 1 款规定，D 的说法本身是正确的，不符合本题的题意，不当选。综上所述，本题正确答案是 B。



## 重点法条

第二百五十五条 涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。

当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

316. 涉外经济合同的解除或者终止，不影响合同中仲裁条款的效力。当事人一方因订有仲裁条款的涉外经济合同被解除或者终止向人民法院起诉的，不予受理。

## 法条精解

此条对涉外仲裁的适用范围作出了规定，对此，要把握以下内容：

1. 只有存在仲裁协议才可以申请涉外仲裁，仲裁协议可以表现为合同中的仲裁条款或者是产生纠纷之后达成的仲裁协议。
2. 仲裁协议必须采用书面的形式。
3. 注意仲裁条款的独立性原则，即合同被撤销、解除之后不影响仲裁条款的效力。
4. 仲裁条款排除了人民法院的管辖权，但是当事人可以协议选择国内的涉外仲裁机构或者国外的仲裁机构。

## 重点法条

第二百五十六条 当事人申请采取财产保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

317. 依照民事诉讼法第二百五十八条（二百五十六）的规定，我国涉外仲裁机构将当事人的财产保全申请提交人民法院裁定的，人民法院可以进行审查，决定是否进行保全。裁定采取保全的，应当责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

## 法条精解

对于上述规定，应把握以下几点：

1. 涉外仲裁中的财产保全应当向涉外仲裁机构申请，由涉外仲裁机构将当事人的申请提交人民法院。
2. 涉外财产保全应当由被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院作出裁定。
3. 法院应当审查当事人的申请，并且责令当事人提供担保，提供担保的，裁定驳回申请。

## 重点法条

第二百五十七条 经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。

### 【关联法条】

### 《民诉意见》

313. 我国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决，一方当事人不履行，对方当事人向人民法院申请执行的，应当依照民事诉讼法第二十七章的有关规定办理。

314. 申请人向人民法院申请执行我国涉外仲裁机构裁决，须提出书面申请书，并附裁决书正本。如申请人为外国一方当事人，其申请书须用中文文本提出。

## 法条精解

上述法条对我国涉外仲裁机构裁决的执行作出了规定，对此，把握以下几点：

1. 仲裁裁决一经作出就发生法律效力，当事人不可以再向人民法院起诉，但是如果符合法定条件，当



事人可以申请不予执行仲裁裁决。

2. 不履行涉外仲裁裁决的，一方当事人可以向被告住所地或财产所在地的中级人民法院申请强制执行，而国内的仲裁裁决则应当由被告住所地或者财产所在地的基层人民法院强制执行。

## 重点法条

第二百五十八条 对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；

（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；

（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；

（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

第二百五十九条 仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

#### 《民诉意见》

315. 人民法院强制执行涉外仲裁机构的仲裁裁决时，如被执行人申辩有民事诉讼法第二百六十条第一款规定的情形之一的，在其提供了财产担保后，可以中止执行。人民法院应当对被执行人的申辩进行审查，并根据审查结果裁定不予执行或驳回申辩。

## 法条精解

对上述规定，应作下述理解：

1. 本条所规定的法院是被告住所地或财产所在地的中级人民法院。

2. 当事人申请不予执行的，法院应当组成合议庭审查。

3. 不予执行应当以裁定的形式作出。

4. 注意不予执行涉外仲裁裁决与不予执行国内仲裁裁决在条件上的差别，涉外仲裁裁决不予执行的原因不涉及实体原因。

5. 对仲裁裁决不予执行的救济，仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

## 重点法条

第二百六十条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。

外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。

## 法条精解

司法协助是指不同国家的法院之间，根据本国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠的原则，在司法事务上相互协助，代为一定的诉讼行为。

司法协助可分为：一般司法协助，即代为送达文书和调查取证；特殊司法协助，即对外国法院裁判和仲裁裁决的承认与执行。

该条对司法协助的原则和适用范围做出了规定，把握以下内容：

1. 司法协助的原则：遵守中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的原则，互惠原则。

2. 司法协助的适用范围：代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。

3. 司法协助的禁止：外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。





(2008-3-81) 根据《民事诉讼法》的规定,我国法院与外国法院可以进行司法协助,互相委托,代为一定的诉讼行为。但是在下列哪些情况下,我国法院应予以驳回或说明理由退回外国法院?

- A. 委托事项同我国的主权、安全不相容的
- B. 不属于我国法院职权范围的
- C. 违反我国法律的基本准则或者我国国家利益、社会利益的
- D. 外国法院委托我国法院代为送达法律文书,未附中文译本的

答案: ABCD。

解析: 根据《民事诉讼法》第 260 条规定,对于 A 选项和 C 选项中的事项,我国法院应予以驳回或者退回。根据《民事诉讼法》第 262 条的规定, D 选项中的事项也可以退回或者驳回。此外,人民法院应该在自己的职权范围内行使权力,超过职权范围,人民法院应当不予受理或者驳回、退回,所以 B 的说法也是正确的。综上所述,本题的正确答案是 ABCD。

## 重点法条

第二百六十一条 请求和提供司法协助,应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行;没有条约关系的,通过外交途径进行。

外国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证,但不得违反中华人民共和国的法律,并不得采取强制措施。

除前款规定的情况外,未经中华人民共和国主管机关准许,任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。

### 【关联法条】

#### 《民诉意见》

319. 与我国没有司法协助协议又无互惠关系的国家的法院,未通过外交途径,直接请求我国法院司法协助的,我国法院应予退回,并说明理由。

## 法条精解

上述法条规定了请求司法协助的途径,对此,掌握下述内容:

1. 司法协助的途径: ①依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行, ②没有条约关系的,通过外交途径进行。
2. 外国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证,但不得违反中华人民共和国的法律,并不得采取强制措施。同理,我国驻外国使领馆也可以向我国公民送达文书或取证。
3. 未经批准,任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。

## 重点法条

第二百六十二条 外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件,应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件,应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。

第二百六十三条 人民法院提供司法协助,依照中华人民共和国法律规定的程序进行。外国法院请求采用特殊方式的,也可以按照其请求的特殊方式进行,但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。

第二百六十四条 人民法院作出的发生法律效力判决、裁定,如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,当事人请求执行的,可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行,也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定,或者按照互惠原则,请求外国法院承认和执行。

中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力仲裁裁决,当事人请求执行的,如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。



## 【关联法条】

### 《民诉意见》

320. 当事人在我国领域外使用人民法院的判决书、裁定书, 要求我国人民法院证明其法律效力的, 以及外国法院要求我国人民法院证明判决书、裁定书的法律效力的, 我国作出判决、裁定的人民法院, 可以本法院的名义出具证明。

## 法条精解

上述法条规定了提供司法协助的程序和我国法院裁判的域外承认和执行, 要掌握以下内容:

1. 提供司法协助的程序: 依照中华人民共和国法律规定的程序进行, 外国法院请求采用特殊方式的, 也可以按照其请求的特殊方式进行, 但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。
2. 我国法院裁判域外执行的前提条件: 被执行人或其财产不在我国境内。
3. 我国法院作出的判决和裁定一般由当事人向外国法院请求执行或者由人民法院请求外国法院执行, 而涉外仲裁裁决由当事人直接向有管辖权的外国法院申请执行。
4. 人民法院请求外国法院承认和执行判决、裁定的依据是我国缔结、参加的条约以及互惠原则。

## 真题示例

(2009-3-90) 中国公民甲与外国公民乙因合同纠纷诉至某市中级法院, 法院判决乙败诉。判决生效后, 甲欲请求乙所在国家的法院承认和执行该判决。关于甲可以利用的途径, 下列哪些说法是正确的?

- A. 可以直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行
- B. 可以向中国法院申请, 由法院根据我国缔结或者参加的国际条约, 或者按照互惠原则, 请求外国法院承认和执行
- C. 可以向司法行政部门申请, 由司法行政部门根据我国缔结或者参加的国际条约, 或者按照互惠原则, 请求外国法院承认和执行
- D. 可以向外交部门申请, 由外交部门向外国中央司法机关请求协助

答案: AB。

解析: 根据《民事诉讼法》第 264 条第 1 款的规定, 人民法院作出的发生法律效力判决、裁定, 如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内, 当事人请求执行的, 可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行, 也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定, 或者按照互惠原则, 请求外国法院承认和执行。因此, 本题的正确答案是 AB。

## 重点法条

第二百六十五条 外国法院作出的发生法律效力判决、裁定, 需要中华人民共和国人民法院承认和执行的, 可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行, 也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定, 或者按照互惠原则, 请求人民法院承认和执行。

## 【关联法条】

### 《民诉意见》

318. 当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定的, 如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约, 也没有互惠关系的, 当事人可以向人民法院起诉, 由有管辖权的人民法院作出判决, 予以执行。

## 法条精解

1. 外国法院作出的发生法律效力判决、裁定, 需要中华人民共和国人民法院承认和执行的, 通过两种方式提出: ①可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权人民法院提出; ②外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定, 或者按照互惠原则, 向人民法院提出。
2. 承认和执行外国判决、裁定的主体是有管辖权的中级人民法院。



## 真题示例

(2007-1-41) 我国某法院接到一位中国公民提出的要求承认一项外国法院判决的申请。依我国法律规定,关于承认该外国判决,下列哪一选项是错误的?

- A. 如我国与该外国间存在司法协助协定,应依该协定办理
- B. 如我国与该外国间既不存在司法协助协定,也不存在任何互惠关系,法院应驳回当事人申请
- C. 只有作出判决的外国法院对案件具有管辖权时,该外国判决才有可能被我国法院承认
- D. 只有已发生法律效力的外国法院判决才有可能被我国法院承认

答案: B。

解析: 本题的测试点是对外国法院判决的承认。根据《民事诉讼法》第 265 条和第 266 条规定,以及《民诉意见》第 318 条和第 319 条规定, A、C、D 选项都是正确的。B 项可能错在法院不应直接驳回申请。如果当事人提出的是承认和执行的申请,法院能直接按起诉对待吗? 本题答案的正确性值得推敲。

## 重点法条

第二百六十六条 人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定,依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查后,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令,依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,不予承认和执行。

## 法条精解

本条规定的是对外国法院判决、裁定承认与执行的条件,对此重点掌握以下内容:

1. 我国法院对外国法院判决、裁定承认与执行的条件: ①该外国与我国有互为承认和执行判决、裁定的条约或互惠关系; ②该判决、裁定不得违反我国法律的基本原则、国家主权、安全以及公共利益。
2. 人民法院承认判决、裁定的效力时所作出的法律文书是裁定书; 决定执行判决、裁定时所作出的法律文书是执行令。

## 重点法条

第二百六十七条 国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。

## 法条精解

对于该条,把握以下内容:

1. 对外国法院判决、裁定承认与执行,应当由当事人直接向我国的人民法院申请。
2. 管辖的法院是被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院。
3. 人民法院是否承认与执行的标准是我国与该国外是否存在国际条约或互惠关系。

# 《仲裁法》

## 重点法条

第二条 平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。

第三条 下列纠纷不能仲裁:

- (一) 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;
- (二) 依法应当由行政机关处理的行政争议。

## 法条精解

仲裁指争议双方在争议发生前或争议发生后达成协议,自愿将争议交给第三者作出裁决,双方有义务



执行的一种解决争议的方法。《仲裁法》特别规定了以下两类事项不得仲裁：

1. 婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷。
2. 依法应当由行政机关处理的行政争议。

也就是说，属于仲裁范围的事项当然属于民事诉讼主管的范围，但是属于民事诉讼主管范围的事项不一定属于仲裁范围。

### 真题示例

（2008-3-88）民事诉讼与民商事仲裁都是解决民事纠纷的有效方式，但两者在制度上有所区别。下列哪些选项是正确的？

- A. 民事诉讼可以解决各类民事纠纷，仲裁不适用与身份关系有关的民事纠纷
- B. 民事诉讼实行两审终审，仲裁实行一裁终局
- C. 民事诉讼判决书需要审理案件的全体审判人员签署，仲裁裁决则可由部分仲裁庭成员签署
- D. 民事诉讼中财产保全由法院负责执行，而仲裁机构则不介入任何财产保全活动

答案：ABC。

解析：根据《民事诉讼法》第3条、第10条和《仲裁法》第3条、第9条、第28条、第54条。

### 重点法条

**第四条** 当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。

**第五条** 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。

#### 【关联法条】

#### 《仲裁法》

**第二十六条** 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

### 法条精解

以上规定了仲裁的自愿原则和或裁或审原则，特别要注意仲裁法最基本原则的当事人意思自治原则。在此基础上把握仲裁和诉讼的关系：

1. 两者的联系：依当事人申请，人民法院有权对仲裁协议的效力进行认定、进行证据保全、财产保全并且可以执行、撤销仲裁裁决。

2. 两者的区别：

（1）启动条件不同。仲裁的前提是当事人双方达成仲裁协议，表明自愿将争议提交仲裁机关。而民事诉讼不需要双方协商，只要一方的起诉符合法定条件法院就会受理。所以认为仲裁和诉讼可并存是错误的。

（2）机构不同。仲裁委是由人民政府组织有关部门（法制局）和商会统一组建，其监督机构是中国仲裁协会，其仲裁员大多是律师和政府机构人员兼职从事。法院是国家的法律审判机构，是司法机关。

（3）当事人权利不同。仲裁当事人有权选择仲裁员。而民事诉讼的审判人员由人民法院决定。

（4）程序不同。仲裁实行一审终局制。当事人不得就同一事实再次申请仲裁，也不能向人民法院再行起诉、上诉；而民事诉讼可经过一审、二审和再审三个阶段。仲裁一般不公开审理，这有利于保守当事人的商业秘密；而民事诉讼无特殊情况必须公开审理。

（5）收费不同。

仲裁费没有规定可以减交、缓交、免交；诉讼费用则有规定。仲裁费比诉讼费高。

3. 对有仲裁协议但又起诉情形的处理：若当事人之间已经达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，除仲裁协议无效的外，人民法院应当驳回起诉；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。





## 真题示例

(2008-3-36) 甲公司与乙公司因合同纠纷向 A 市 B 区法院起诉,乙公司应诉。经开庭审理,法院判决甲公司胜诉。乙公司不服 B 区法院的一审判决,以双方签订了仲裁协议为由向 A 市中级人民法院提起上诉,要求据此撤销一审判决,驳回甲公司的起诉。A 市中级人民法院应当如何处理?

- A. 裁定撤销一审判决,驳回甲公司的起诉
- B. 应当首先审查仲裁协议是否有效,如果有效,则裁定撤销一审判决,驳回甲公司的起诉
- C. 应当裁定撤销一审判决,发回原审法院重审
- D. 应当裁定驳回乙公司的上诉和维持原判决

答案: D。

解析: 根据《民诉意见》第 148 条和《仲裁法》第 26 条的规定,本题的正确答案是 D。

## 重点法条

第九条 仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。

裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的,当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁,也可以向人民法院起诉。

## 法条精解

上述法条规定了案件一经裁决、当事人就不能再上诉或向人民法院起诉的一裁终局原则。着重注意以下内容:

1. 仲裁实行一裁终局,即裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。
2. 人民法院裁定撤销或不执行仲裁裁决时,当事人对该纠纷的处理有两个选择路径:①重新达成新仲裁协议申请仲裁;②向人民法院起诉。

但是要注意,当事人不能再依原仲裁协议去申请仲裁。

## 真题示例

(2007-3-90) 当事人在合同中约定了仲裁条款,出现下列哪些情况时,法院可以受理当事人的起诉?

- A. 双方协商拟解除合同,但因赔偿问题发生争议,一方向法院起诉的
- B. 当事人申请仲裁后达成和解协议而撤回仲裁申请,因一方反悔,另一方向法院起诉的
- C. 仲裁裁决被法院依法裁定不予执行后,一方向法院起诉的
- D. 仲裁裁决被法院依法撤销后,一方向法院起诉的

答案: CD。

解析: 根据《仲裁法》第 19 条规定, A 是错误的。根据《仲裁法》第 50 条规定, B 也是不正确的。根据《仲裁法》第 9 条规定, C、D 是正确的,本题正确答案是 CD。

## 重点法条

第十六条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。

仲裁协议应当具有下列内容:

- (一) 请求仲裁的意思表示;
- (二) 仲裁事项;
- (三) 选定的仲裁委员会。

第十七条 有下列情形之一的,仲裁协议无效:

- (一) 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;
- (二) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;
- (三) 一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。



## 【关联法条】

### 《仲裁法解释》

第一条 仲裁法第十六条规定的“其他书面形式”的仲裁协议，包括以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成的请求仲裁的协议。

第二条 当事人概括约定仲裁事项为合同争议的，基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项。

第三条 仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。

第四条 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。

第五条 仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

第六条 仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

第七条 当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间内提出异议的除外。

第八条 当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效。

当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效。

前两款规定情形，当事人订立仲裁协议时另有约定的除外。

第九条 债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。

## 法条精解

有关仲裁协议的效力规定，为历年考试的传统重点内容。对此，要注意掌握以下内容：

1. 仲裁协议的内容：①请求仲裁的意思表示；②仲裁事项；③选定的仲裁委员会。以上三项内容缺一不可。

2. 仲裁协议的形式：仲裁协议必须以书面的形式订立，对于书面形式的理解，包括以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成的请求仲裁的协议。

3. 仲裁协议无效的情形包括：

（1）第16条第2款的3个条款为仲裁协议的必备条款，缺少其中任何一项，仲裁协议即归无效。需要注意的是，仲裁协议对仲裁事项或仲裁委员会没有约定或约定不明的，当事人可补充协议，达不成补充协议的，仲裁协议无效；

（2）订立人超出行为能力的，无效；

（3）非真实意思表示的，无效；

（4）仲裁协议约定仲裁的事项，违反本法第3条规定，超出仲裁范围的，无效；

（5）当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。

4. 仲裁庭与人民法院均有权裁定仲裁协议效力，但后者优先（第20条第1款）。尤其要注意，只要仲裁机构尚未作决定，人民法院均有权受理该争议，同时通知仲裁机构终止仲裁。

5. 仲裁协议效力的抗辩应在首次开庭前提出（第20条第2款）。

6. 常见的仲裁协议无效情形有：

（1）当事人选定的仲裁委不存在。如提交某县仲裁委仲裁；

（2）仲裁终局性不确定。如提交到A市仲裁委仲裁，如对裁决不服，可向B市人民法院起诉。

7. 关于确认仲裁机构的几个特殊规则：

（1）仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。

（2）仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。

（3）仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机



构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

#### 8. 仲裁协议的继承性：

(1) 当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对其权利义务的继受人有效。当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效。

(2) 债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。

### 真题示例

1. (2007-3-89) A市甲公司与B市乙公司在B市签订了一份钢材购销合同，约定合同履行地在A市。同时双方还商定因履行该合同所发生的纠纷，提交C仲裁委员会仲裁。后因乙公司无法履行该合同，经甲公司同意，乙公司的债权债务转让给D市的丙公司，但丙公司明确声明不接受仲裁条款。关于本案仲裁条款的效力，下列哪些选项是错误的？

- A. 因丙公司已明确声明不接受合同中的仲裁条款，所以仲裁条款对其无效
- B. 因丙公司受让合同中的债权债务，所以仲裁条款对其有效
- C. 丙公司声明只有取得甲公司同意，该仲裁条款对丙公司才无效
- D. 丙公司声明只有取得乙公司同意

答案：BCD。

解析：根据《仲裁法解释》第9条规定，在本题中，丙公司在受让债权债务的时候，明确声明不接受仲裁条款，所以仲裁条款对丙公司无效，A选项的表述本身是正确的，不符合题意，不能选；BCD选项的表述本身是错误的，符合题意，应该选。所以本题正确答案BCD。

2. (2003-3-64) 根据我国有关法律规定，在下列哪些情形下仲裁协议无效？

- A. 约定的仲裁事项属于平等主体之间有关人身关系的
- B. 纠纷约定的仲裁事项是不动产纠纷，在民事诉讼法上属于法院专属管辖的
- C. 案件载有仲裁条款的合同因违反法律的禁止性规定而无效
- D. 仲裁条款约定因本合同履行发生的一切争议，由地处北京市的仲裁委员会进行仲裁

答案：AD。

解析：参见《仲裁法》第17条和《仲裁法解释》第5条、第6条。

### 重点法条

第十八条 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

第十九条 仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

仲裁庭有权确认合同的效力。

#### 【关联法条】

#### 《仲裁法解释》

第十条 合同成立后未生效或者被撤销的，仲裁协议效力的认定适用仲裁法第十九条第一款的规定。

当事人在订立合同时就争议达成仲裁协议的，合同未成立不影响仲裁协议的效力。

### 法条精解

对上述法条，要理解以下几点内容：

1. 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

2. 对于第19条应予重点关注：

(1) 仲裁协议具有独立性，不受合同变更、解除、终止或者无效等效力的影响（第1款）。

(2) 仲裁庭有确认合同效力的权力（第2款）。

(3) 《合同法》第57条与本法第19条均确认了仲裁协议的独立性，虽然上述文件规定的具体情形不同，但都表达了同样的意思，即仲裁协议效力不受主合同效力的影响。



(2005-3-74) 下列哪些仲裁协议为无效或失效?

A. 甲、乙两公司签订合同,并约定了仲裁条款。后合同双方又签订补充协议,约定“如原合同或补充协议履行发生争议,双方协商解决或向法院起诉解决”

B. 双方当事人合同中约定:因本合同履行发生的争议,双方当事人既可向南京仲裁委员会申请仲裁,也可向南京市鼓楼区法院起诉

C. 甲、乙两公司在双方合同纠纷的诉讼中对法官均不满意,双方商量先撤诉后仲裁。甲公司向法院提出了撤诉申请,法院裁定准许撤诉。此后甲乙两公司签订了仲裁协议,约定将该合同纠纷提交某仲裁委员会仲裁

D. 丙、丁两公司签订的合同中规定了内容齐全的仲裁条款,但该合同内容违反法律禁止性规定。

答案: AB。

解析: 参见《仲裁法》第4条、第18条和第19条。

## 重点法条

第二十条 当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。

当事人对仲裁协议的效力有异议,应当在仲裁庭首次开庭前提出。

### 【关联法条】

#### 《仲裁法解释》

第十二条 当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力的案件,由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院管辖;仲裁协议约定的仲裁机构不明确的,由仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

申请确认涉外仲裁协议效力的案件,由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

涉及海事海商纠纷仲裁协议效力的案件,由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的海事法院管辖;上述地点没有海事法院的,由就近的海事法院管辖。

第十三条 依照仲裁法第二十条第二款的规定,当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议,而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的,人民法院不予受理。

仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后,当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的,人民法院不予受理。

第十四条 仲裁法第二十六条规定的“首次开庭”是指答辩期满后人民法院组织的第一次开庭审理,不包括审前程序中的各项活动。

第十五条 人民法院审理仲裁协议效力确认案件,应当组成合议庭进行审查,并询问当事人。

第十六条 对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。

## 法条精解

对于上述法律规定,作以下理解:

1. 仲裁庭与人民法院均有权裁定仲裁协议效力,但应注意的是后者效力优先。

2. 注意普通仲裁协议、涉外仲裁协议、海事海商仲裁协议三类仲裁协议效力认定的法院的地域管辖和级别管辖:

(1) 对于普通仲裁协议的效力确认的案件,由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院管辖;仲裁协议约定的仲裁机构不明确的,由仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

(2) 对于涉外仲裁协议效力认定的案件,由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

(3) 对于认定海事海商纠纷仲裁协议效力的案件,由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订





地、申请人或者被申请人住所地的海事法院管辖；上述地点没有海事法院的，由就近的海事法院管辖。

3. 要注意以下两点：

(1) 当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院不予受理。

(2) 仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。

4. 此外，人民法院审理仲裁协议效力确认案件，应当组成合议庭进行审查。对于涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。

### 真题示例

1. (2008-3-88) 关于仲裁协议的效力，下列哪些选项是正确的？

- A. 当事人对仲裁协议效力有争议的，既可以向法院申请认定，也可以向仲裁委员会申请认定
- B. 作为合同内容的仲裁条款，在合同无效时，其效力不受影响
- C. 仲裁裁决被法院撤销后，当事人可以依原仲裁协议重新申请仲裁
- D. 仲裁裁决被法院裁定不予执行后，当事人可以依原仲裁协议重新申请仲裁

答案：AB。

解析：参见《仲裁法》第9条、第16条和第20条。

2. (2007-3-48) A市水天公司与B市龙江公司签订一份运输合同，并约定如发生争议提交A市的仲裁委员会仲裁。后因水天公司未按约支付运费，龙江公司向C仲裁委员会申请仲裁。在第一次开庭时，水天公司未出庭参加仲裁审理，而是在开庭审理后的第二天向A市中级人民法院申请确认仲裁协议无效。仲裁委员会应当如何处理本案？

- A. 应当裁定中止仲裁程序
- B. 应当裁定终结仲裁程序
- C. 应当裁定驳回仲裁申请
- D. 应当继续审理

答案：D。

解析：参见《仲裁法》第20条和《仲裁法解释》第13条。

### 重点法条

第二十六条 当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

### 法条精解

结合仲裁协议的诉讼排除性理解此法条。尤其要注意是在“首次开庭前”提交仲裁协议或者提出异议。

### 重点法条

第二十八条 一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。

当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。

申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

第四十六条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。

#### 【关联法条】

#### 《仲裁法》

第六十八条 涉外仲裁的当事人申请证据保全的，涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。

#### 《民事诉讼法》

第二百五十六条 当事人申请采取财产保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，



提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。

## 法条精解

对于上述规定，要注意以下几点：

1. 在仲裁进行中，当事人可申请财产保全和证据保全。

2. 所有财产保全、证据保全由当事人向仲裁委员会提出，仲裁委员会将申请提交人民法院。仲裁委员会自身无权采取财产保全、证据保全措施。

3. 国内仲裁与涉外仲裁的受理法院有不同情形：

(1) 国内仲裁：①财产保全：按《民事诉讼法》执行，应由被申请人住所地或被申请保全财产所在地基层人民法院受理；②证据保全：证据所在地的基层人民法院。

(2) 涉外仲裁：①财产保全：被申请人住所地、财产所在地中级人民法院（《民事诉讼法》第258条）；②证据保全：证据所在地中级人民法院（《仲裁法》第68条）。

## 重点法条

第三十条 仲裁庭可以由三名仲裁员或者一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的，设首席仲裁员。

第三十一条 当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。

当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。

第三十二条 当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。

## 法条精解

仲裁庭的组成及仲裁员的选定方式也是司法考试热点之一。

应注意以下几点：

1. 仲裁庭组成方式：双方各选或委托主任指定1名，第3名由双方共选或共同委托指定，第3名仲裁员为法定的首席仲裁员。

2. 当事人约定由1名仲裁员成立仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员，当事人双方不能共同指定所有的3名仲裁员。

3. 特殊情况下，当事人没有在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者选定仲裁员的，由仲裁委员会主任指定。

## 真题示例

（2002-3-67）美国A公司与中国B公司在履行合同过程中发生了纠纷。按合同中的仲裁条款，A公司向中国某仲裁委员会提交了仲裁申请。问该仲裁庭的组成可以有哪几种方式？

A. 由双方当事人各自选定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选

B. 三名仲裁员皆由当事人共同选定

C. 三名仲裁员皆由当事人委托仲裁委员会主任指定

D. 双方当事人各自选定一名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同委托仲裁委员会主任指定

答案：ACD。

解析：根据《仲裁法》第31条规定，本题的正确选项为ACD。

## 重点法条

第三十四条 仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：

（一）是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；

（二）与本案有利害关系；

（三）与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；





(四) 私自会见当事人、代理人, 或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

第三十五条 当事人提出回避申请, 应当说明理由, 在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的, 可以在最后一次开庭终结前提出。

第三十六条 仲裁员是否回避, 由仲裁委员会主任决定; 仲裁委员会主任担任仲裁员时, 由仲裁委员会集体决定。

第三十七条 仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的, 应当依照本法规定重新选定或者指定仲裁员。

因回避而重新选定或者指定仲裁员后, 当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行, 是否准许, 由仲裁庭决定; 仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。

### 法条精解

以上法条是关于回避的情形及相关决定程序。应重点掌握第 37 条第 2 款: 由仲裁庭依申请或职权决定已进行的程序重新进行与否; 当事人仅有请求权而无决定权。

### 真题示例

(2007-3-50) 某仲裁委员会在开庭审理兰屯公司与九龙公司合同纠纷一案时, 九龙公司对仲裁庭中的一名仲裁员提出了回避申请, 经审查后该仲裁员被要求予以回避, 仲裁委员会依法重新确定了仲裁员。关于仲裁程序如何进行, 下列哪一选项是正确的?

- A. 已进行的仲裁程序应当重新进行
- B. 已进行的仲裁程序有效, 仲裁程序应当继续进行
- C. 当事人请求已进行的仲裁程序重新进行的, 仲裁程序应当重新进行
- D. 已进行的仲裁程序是否重新进行, 仲裁庭有权决定

答案: D。

解析: 根据《仲裁法》第 37 条规定, 本题正确答案是 D 选项。

### 重点法条

第三十九条 仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的, 仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。

第四十条 仲裁不公开进行。当事人协议公开的, 可以公开进行, 但涉及国家秘密的除外。

### 法条精解

以上条文为考试热点。应注意:

- 1. 仲裁以开庭审理为原则, 书面审理为例外。
- 2. 仲裁以不公开审理为原则, 公开审理为例外。此点恰与诉讼相反。
- 3. 涉及国家秘密的这—种情形下, 仲裁不得公开, 即使当事人协议公开。
- 4. 注意本法第 42 条、第 43 条规定的视为撤回仲裁申请的情形和仲裁庭自行收集证据的权力。

### 重点法条

第四十九条 当事人申请仲裁后, 可以自行和解。达成和解协议的, 可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书, 也可以撤回仲裁申请。

第五十条 当事人达成和解协议, 撤回仲裁申请后反悔的, 可以根据仲裁协议申请仲裁。

### 法条精解

以上法条是关于仲裁时的和解问题, 应注意:

- 1. 当事人可自行和解也可由仲裁庭主持调解。
- 2. 当事人达成和解协议的有两种处理方式: ①可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书; ②也可以撤回仲裁申请。
- 3. 当事人达成和解协议, 撤回仲裁申请后反悔的, 可以根据仲裁协议再申请仲裁。这与仲裁裁决的不

予执行和撤销是不同的，后者情况下，原来的仲裁协议都是无效的，当事人只能重新达成仲裁协议申请仲裁，或者起诉。

### 真题示例

1. (2008-3-39) 南沙公司与北极公司因购销合同发生争议，南沙公司向仲裁委员会申请仲裁，在仲裁中双方达成和解协议，南沙公司向仲裁庭申请撤回仲裁申请。之后，北极公司拒不履行和解协议。下列哪一选项是正确的？

- A. 南沙公司可以根据原仲裁协议申请仲裁
- B. 南沙公司应与北极公司重新达成仲裁协议后，才可以申请仲裁
- C. 南沙公司可以直接向法院起诉
- D. 仲裁庭可以裁定恢复仲裁程序

答案：A。

解析：根据《仲裁法》第49条规定，正确答案是A选项。

2. (2006-3-36) 甲公司与乙公司就某一合同纠纷进行仲裁，达成和解协议，向仲裁委员会申请撤回仲裁申请。后乙公司未按和解协议履行其义务。甲公司应如何解决此纠纷？

- A. 甲公司可以依据原仲裁协议重新申请仲裁
- B. 甲公司只能向法院提起诉讼
- C. 甲公司既可以向法院提起诉讼，也可以与乙公司重新达成仲裁协议申请仲裁
- D. 甲公司可以向仲裁委员会申请恢复仲裁程序

答案：A。

解析：根据《仲裁法》第49条和第50条规定，本题正确选项是A选项。

### 重点法条

第五十一条 仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。

调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。

第五十二条 调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。

调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。

在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

### 法条精解

1. 调解达成协议，有两种处理方式：①制作调解书；②根据协议结果制作裁决书。注意，此时，调解书与裁决书具有同等法律效力。

2. 调解协议具有法律效力，不得反悔。

3. 和解协议与调解协议效力不同。

### 真题示例

(2008-3-34) 某仲裁委员会仲裁某一合同争议案件时，根据甲、乙双方当事人的意愿首先进行了调解并达成调解协议，甲方愿意赔偿乙方经济损失1万元，仲裁庭根据调解协议制作了裁决书。根据上述情况，下列哪一选项是正确的？

- A. 仲裁庭制作完成裁决书后该裁决书即发生法律效力
- B. 裁决书需经双方当事人签收后才发生法律效力
- C. 甲方在签收裁决书前反悔的，仲裁庭应当依法重新作出裁决
- D. 甲方在签收裁决书后反悔的，可以以裁决书是根据调解协议的内容制作为由向法院申请撤销该裁决

答案：A。

解析：根据《仲裁法》第51条规定，A选项说法正确，B、C、D三个选项的说法错误。





## 重点法条

第五十三条 裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。

第五十四条 裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。

## 法条精解

以上法条是考试重点，应注意：

1. 首席仲裁员的特殊权力（第53条），仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出，这不同于法院的合议庭。

2. 仲裁裁决书也可以不写明争议事实和裁决理由之情形，当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。此点不同于法院裁判（第54条）。

3. 仲裁员也可以不签名的情形，对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。此点亦不同于法院裁判书的审判员签名制（第54条）。

从以上几个条文可看出，法律对仲裁裁决书的要求比法院裁决书灵活。

## 真题示例

1. （2006-3-85）下列关于仲裁裁决的哪些观点是正确的？

- A. 当事人可以请求仲裁庭根据双方的和解协议作出裁决
- B. 仲裁庭可以根据双方当事人达成的调解协议作出裁决
- C. 仲裁裁决应当根据仲裁庭多数仲裁员的意见作出，形不成多数意见的，由仲裁委员会讨论决定
- D. 仲裁裁决一经作出立即发生法律效力

答案：ABD。

解析：当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请，所以A选项的说法是正确的。在仲裁过程中进行调解，调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。所以B项是正确的。根据《仲裁法》第53条规定，C项是错误的。仲裁庭作出的裁决书自作出之日起发生法律效力。所以D选项是正确的。

2. （2003-3-65）吉林市甲公司与长春市乙公司发生服装买卖合同纠纷，由北京仲裁委员会进行仲裁，双方当事人约定并请求仲裁庭在裁决书中不要写明下列事项。对此请求，下列哪些事项仲裁庭可以准许？

- A. 仲裁请求
- B. 争议事实
- C. 裁决理由
- D. 仲裁费用

答案：BC。

解析：根据《仲裁法》第54条的规定，本题的正确选项为B、C。

## 重点法条

第五十五条 仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

第五十六条 对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当补正；当事人自收到裁决书之日起30内，可以请求仲裁庭补正。

第五十七条 裁决书自作出之日起发生法律效力。

## 法条精解

1. 仲裁可以实行部分先行裁决制，若其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。（第55条）。

2. 对裁决书中的文字性错误或遗漏事项的补正办法：对裁决书中的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当补正；当事人自收到裁决书之日起30日内，可以请求仲裁庭补正。



从以上几个条文可看出，法律对仲裁裁决书的要求比法院裁决书灵活。

### 真题示例

(2004-3-80) 根据我国仲裁法的规定，在不同的情况下仲裁庭可以作出不同的裁决。下列有关仲裁裁决的说法哪些是正确的？

- A. 仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚的，可以就该部分先行裁决
- B. 被申请人经书面通知，无正当理由不到庭的，仲裁庭可以据此认定申请人的主张成立，缺席裁决
- C. 当事人调解达成协议的，仲裁庭应制作调解书或根据调解结果制作裁决书
- D. 仲裁裁决一经作出即发生法律效力，但对裁决书中的文字、计算错误，当事人可以请求仲裁庭补正

答案：ACD。

解析：根据《仲裁法》第55条规定，A选项的说法正确。申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请，所以B选项的说法错误。根据《仲裁法》第51条第2款规定，调解书与裁决书具有同等法律效力，故C选项正确。此外，根据《仲裁法》第57条和第56条规定，D选项正确。综上，本题的正确答案为ACD。

### 重点法条

第五十八条 当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- (一) 没有仲裁协议的；
- (二) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；
- (三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (四) 裁决所根据的证据是伪造的；
- (五) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- (六) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

第五十九条 当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起六个月内提出。

第六十条 人民法院应当在受理撤销裁决申请之日起两个月内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。

第六十一条 人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。

#### 【关联法条】

#### 《仲裁法解释》

第十七条 当事人以不属于仲裁法第五十八条或者民事诉讼法第二百六十条规定的事由申请撤销仲裁裁决的，人民法院不予支持。

第十八条 仲裁法第五十八条第一款第一项规定的“没有仲裁协议”是指当事人没有达成仲裁协议。仲裁协议被认定无效或者被撤销的，视为没有仲裁协议。

第十九条 当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决，经审查属实的，人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其他裁决事项不可分的，人民法院应当撤销仲裁裁决。

第二十条 仲裁法第五十八条规定的“违反法定程序”，是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。

第二十一条 当事人申请撤销国内仲裁裁决的案件属于下列情形之一的，人民法院可以依照仲裁法第六十一条的规定通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁：

- (一) 仲裁裁决所根据的证据是伪造的；
- (二) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的。

人民法院应当在通知中说明要求重新仲裁的具体理由。

第二十二条 仲裁庭在人民法院指定的期限内开始重新仲裁的，人民法院应当裁定终结撤销程序；未开始重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。

第二十三条 当事人对重新仲裁裁决不服的，可以在重新仲裁裁决书送达之日起六个月内依据仲裁法



第五十八条规定向人民法院申请撤销。

第二十四条 当事人申请撤销仲裁裁决的案件，人民法院应当组成合议庭审理，并询问当事人。

## 法条精解

法院对仲裁裁决的监督体现在两个方面，一是撤销仲裁裁决，二是裁定中止或不予执行仲裁裁决。这两项制度都非常重要，我们这里先分解评述第一项制度。

1. 有撤销权的法院是仲裁委员会所在地的中级人民法院（注意地域、级别）。

2. 法院对此应当组成合议庭；撤销裁决的法律文书的形式是裁定。

3. 裁定撤销仲裁裁决的情形可分为两大类，同《民事诉讼法》第213条第2款规定法院裁定不予执行仲裁裁决的情形大体相同：

（1）仲裁行为违反实体或程序性规定的；

（2）仲裁裁决违背社会公共利益的。

4. 注意提请撤销裁决的期间规定，应当自收到裁决书之日起6个月内提出。

5. 难点在于第61条：

（1）是否重新仲裁的决定权在仲裁庭而非法院；

（2）法院通知仲裁庭重新仲裁的，应中止撤销程序；一旦仲裁庭开始重新仲裁，法院应终止撤销程序；一旦仲裁庭拒绝重新仲裁，法院应恢复撤销程序。

6. 当事人申请撤销国内仲裁裁决的案件若有下述两种情形，人民法院可以通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁：

（1）仲裁裁决所根据的证据是伪造的；

（2）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的。

7. 当事人对重新仲裁裁决不服的，可以在重新仲裁裁决书送达之日起6个月内向人民法院申请撤销。

## 真题示例

1. （2008-3-41）某仲裁委员会对甲公司与乙公司之间的买卖合同一案作出裁决后，发现该裁决存在超裁情形，甲公司与乙公司均对裁决持有异议。关于此仲裁裁决，下列哪一选项是正确的？

A. 该仲裁委员会可以直接变更已生效的裁决，重新作出新的裁决

B. 甲公司或乙公司可以请求该仲裁委员会重新作出仲裁裁决

C. 该仲裁委员会申请法院撤销此仲裁裁决

D. 甲公司或乙公司可以请求法院撤销此仲裁裁决

答案：D。

解析：根据《仲裁法》第58条规定，本题正确答案是D。

2. （2004-3-79）根据我国仲裁法的规定，下列哪些关于仲裁程序的表述是正确的？

A. 仲裁应当开庭进行，但当事人可以约定不开庭

B. 仲裁不公开进行，但如不涉及国家秘密，当事人也可以约定公开进行

C. 对仲裁庭的组成，当事人可以约定由3名仲裁员组成仲裁庭

D. 当事人对仲裁的调解书不得申请撤销，对裁决书可以申请撤销

答案：ABCD。

解析：仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决，故A选项正确。仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外，故B选项正确。根据《仲裁法》第31条规定，D选项正确。

## 重点法条

第六十三条 被申请人提出证据证明裁决有民事诉讼法第二百一十七条第二款<sup>①</sup>规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。

第六十四条 一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。

<sup>①</sup> 新《民事诉讼法》第213条第2款、第3款。



人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。

### 【关联法条】

#### 《仲裁法解释》

第二十五条 人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后，另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的，受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行。

第二十六条 当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

第二十七条 当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

当事人在仲裁程序中对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后又以此为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩，经审查符合仲裁法第五十八条或者民事诉讼法第二百一十七条<sup>①</sup>（第二百一十三条）、第二百六十条<sup>②</sup>（第二百五十八条）规定的，人民法院应予支持。

第二十八条 当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。

第二十九条 当事人申请执行仲裁裁决案件，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院管辖。

### 法条精解

对于申请不予执行仲裁裁决，应注意以下几点：

1. 国内仲裁裁决由被执行人住所地或被执行财产所在地人民法院执行（级别管辖参照受理诉讼案件的级别管辖的规定确定）。

2. 涉外仲裁裁决的受理执行申请的法院是被申请人住所地或财产所在地的中级法院。

3. 不予执行裁决的情形见《民事诉讼法》第213条第2款，同本法第58条撤销仲裁裁决的情形大体相同。

4. 应特别注意的是：人民法院裁定不予执行仲裁裁决后，原仲裁协议已无法律效力（此点不同于本法第50条之情形），当事人须重新达成书面仲裁协议。然后根据新的仲裁协议去申请仲裁，当然也可以起诉（《民诉意见》第278条）。

5. 在一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的情况下，人民法院应当裁定中止执行。

6. 人民法院对当事人的请求不予支持的情形：①当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持；②当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。③当事人请求不予执行仲裁调解书或者根据当事人之间的和解协议作出的仲裁裁决书的，人民法院不予支持。

① 新《民事诉讼法》第213条。

② 新《民事诉讼法》第258条。



附录    本书主要法律文件全、简称对照表

第一章    宪    法

宪法	中华人民共和国宪法
立法法	中华人民共和国立法法
选举法	中华人民共和国全国人民代表大会地方各级人民代表大会选举法
全国人大组织法	中华人民共和国全国人民代表大会组织法
地方组织法	中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法
国务院组织法	中华人民共和国国务院组织法
监督法	中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法
村委会组织法	中华人民共和国村民委员会组织法
民族区域自治法	中华人民共和国民族区域自治法
香港基本法	中华人民共和国香港特别行政区基本法
澳门基本法	中华人民共和国澳门特别行政区基本法

第二章    经    济    法

反垄断法	中华人民共和国反垄断法
反不正当竞争法	中华人民共和国反不正当竞争法
消费者权益保护法	中华人民共和国消费者权益保护法
产品质量法	中华人民共和国产品质量法
食品安全法	中华人民共和国食品安全法
商业银行法	中华人民共和国商业银行法
银行业监督管理法	中华人民共和国银行业监督管理法
企业所得税法	中华人民共和国企业所得税法
企业所得税法实施条例	中华人民共和国企业所得税法实施条例
个人所得税法	中华人民共和国个人所得税法
个人所得税法实施条例	中华人民共和国个人所得税法实施条例
税收征收管理法	中华人民共和国税收征收管理法
税收征收管理法实施细则	中华人民共和国税收征收管理法实施细则
土地管理法	中华人民共和国土地管理法
农村土地承包法	中华人民共和国农村土地承包法
城市房地产管理法	中华人民共和国城市房地产管理法
环境保护法	中华人民共和国环境保护法
劳动法	中华人民共和国劳动法
劳动争议解释	最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释
劳动合同法	中华人民共和国劳动合同法
劳动争议调解仲裁法	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法
招标投标法	中华人民共和国招标投标法
拍卖法	中华人民共和国拍卖法
审计法	中华人民共和国审计法

会计法	中华人民共和国会计法
企业国有资产法	中华人民共和国企业国有资产法
<b>第三章 国际法、国际私法和国际经济法</b>	
邻海及毗连区法	中华人民共和国邻海及毗连区法
专属经济区和大陆架法	中华人民共和国专属经济区和大陆架法
国籍法	中华人民共和国国籍法
对外贸易法	中华人民共和国对外贸易法
反倾销条例	中华人民共和国反倾销条例
反补贴条例	中华人民共和国反补贴条例
保障措施条例	中华人民共和国保障措施条例
<b>第四章 司法制度和法律职业道德</b>	
法官法	中华人民共和国法官法
法官职业道德基本准则	中华人民共和国法官职业道德基本准则
检察官法	中华人民共和国检察官法
律师法	中华人民共和国律师法
公证法	中华人民共和国公证法
<b>第五章 刑 法</b>	
刑法	中华人民共和国刑法
<b>第六章 刑事诉讼法</b>	
刑事诉讼法	中华人民共和国刑事诉讼法
高法解释	最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释
六部委规定	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法、全国人大常委会法制工作委员会关于《中华人民共和国刑事诉讼法》实施中若干问题的规定
高检规则	人民检察院刑事诉讼规则
取保候审规定	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部关于取保候审若干问题的规定
未成年人保护法	中华人民共和国未成年人保护法
预防未成年人犯罪法	中华人民共和国预防未成年人犯罪法
<b>第七章 行政法与行政诉讼法</b>	
行政许可法	中华人民共和国行政许可法
国家赔偿法	中华人民共和国国家赔偿法
行赔规定	最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定
国赔解释	最高人民法院关于人民法院执行《中华人民共和国国家赔偿法》几个问题的解释
行政处罚法	中华人民共和国行政处罚法
治安管理处罚法	中华人民共和国治安管理处罚法
行政复议法	中华人民共和国行政复议法
复议法实施条例	中华人民共和国行政复议法实施条例
突发事件应对法	中华人民共和国突发事件应对法
行政监察法	中华人民共和国行政监察法
政府采购法	中华人民共和国政府采购法

政府信息公开条例	中华人民共和国政府信息公开条例
公务员法	中华人民共和国公务员法
行政诉讼法	中华人民共和国行政诉讼法
若干解释	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释
证据规定	最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定

第八章 民 法

民法通则	中华人民共和国民法通则
民通意见	最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的解释（试行）
民事案件诉讼时效规定	最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定
物权法	中华人民共和国物权法
担保法	中华人民共和国担保法
担保法解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释
合同法	中华人民共和国合同法
合同法解释（一）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）
合同法解释（二）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）
婚姻法	中华人民共和国婚姻法
婚姻法解释（一）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）
婚姻法解释（二）	最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）
继承法	中华人民共和国继承法
继承法意见	最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的解释
收养法	中华人民共和国收养法
专利法	中华人民共和国专利法
专利法实施细则	中华人民共和国专利法实施细则
专利纠纷适用法律若干规定	最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问的若干规定
著作权法	中华人民共和国著作权法
著作权法实施条例	中华人民共和国著作权法实施条例
著作权民事纠纷司法解释	最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释
商标法	中华人民共和国商标法
商标法实施条例	中华人民共和国商标法实施条例
商标民事纠纷司法解释	最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释
侵权责任法	中华人民共和国侵权责任法

第九章 商 法

公司法	中华人民共和国公司法
合伙企业法	中华人民共和国合伙企业法
个人独资企业法	中华人民共和国个人独资企业法
中外合资经营企业法	中华人民共和国中外合资经营企业法
中外合资经营企业法实施条例	中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例
中外合作经营企业法	中华人民共和国中外合作经营企业法
中外合作经营企业法实施细则	中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则

外资企业法	中华人民共和国外资企业法
外资企业法实施细则	中华人民共和国外资企业法实施细则
企业破产法	中华人民共和国企业破产法
保险法	中华人民共和国保险法
票据法	中华人民共和国票据法
海商法	中华人民共和国海商法
证券法	中华人民共和国证券法
第十章 民事程序法	
民事诉讼法	中华人民共和国民事诉讼法
民诉意见	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见
海事诉讼特别程序法	中华人民共和国海事诉讼特别程序法
经济审判规定	最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行《中华人民共和国民事诉讼法》的若干规定
证据规定	最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定
执行规定	最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）
执行解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干问题的解释
仲裁法	中华人民共和国仲裁法
仲裁法解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释